

REPUBLIQUE DU SENEGAL

Un Peuple – Un But – Une Foi



Ministère de La Justice

Centre de Formation Judiciaire

C.F.J

Section Magistrature

MEMOIRE DE FIN DE FORMATION

Thème

**LE PRIVILEGE DE MASCULINITE
EN DROIT SENEGALAIS DES SUCCESSIONS**

Présenté par :

M. EL H. ALLAH KANE
Auditeur de justice

Sous la direction de :

M. NDIGUE DIOUF
Magistrat

Promotion 2006

Thème
Privilège de Masculinité
en Droit Sénégalais des Successions

Introduction

Le privilège de masculinité peut être défini comme le droit que la loi reconnaît à une personne du fait simplement de sa qualité de mâle, d'être préféré aux autres personnes de sexe différent.

La succession, quant à elle, est la transmission des biens ou d'une manière générale du patrimoine d'une personne décédée à ses héritiers qui ont l'aptitude de la recueillir.

Elle peut être réglée par la loi en l'absence de testament, voir contre la volonté du défunt.

La succession peut aussi revêtir la forme testamentaire. Dans ce cas, elle est dévolue selon la volonté du défunt exprimée dans un acte juridique unilatéral par lequel le testateur exprime ses dernières volontés et dispose de ses biens pour le temps qui suivra sa mort, appelé testament.

La succession peut enfin recouvrir la forme contractuelle. Dans ce cas, le défunt, de son vivant, passe un contrat avec son successeur désigné.

Appliqué à la succession, le privilège de masculinité s'analyse en un pouvoir conféré par la loi au successible de genre masculin, lui permettant d'être préféré aux autres successibles de sexe différent, pour recueillir le patrimoine du défunt.

En droit sénégalais, les successions constituent la partie la plus importante du droit patrimonial de la famille. En effet, cette importance se manifeste non seulement par rapport au nombre de dispositions légales qui lui sont consacrées à travers le code de la famille (291) mais aussi eu égard au fait que ce droit est inéluctablement appliqué à toute personne physique, car nul n'est éternel.

A l'origine, le droit successoral ne posait pas le problème de savoir qui devrait recueillir la succession, mais plutôt qui devait gérer la succession familiale. Le patrimoine était transmis à l'ensemble de la famille ou de la tribu prise dans sa globalité et qui se devait de le perpétuer. C'est ainsi que dans les coutumes sères par exemple, le chef de clan gérait l'ensemble des biens de la lignée pour le compte de celle-ci.

Il en était ainsi jusqu'à l'adoption de la loi numéro 72-61 du 12 juin 1972 portant le code de la famille du Sénégal (J. O .S 1972 page 1295).

Les coutumes générales et locales et les statuts particuliers qui étaient appliqués cessaient d'avoir force de la loi à partir du premier janvier 1973, date d'entrée en vigueur du code de la famille du Sénégal. A partir de ce moment, les Sénégalais relèveront du code de la famille.

Aidé dans cette entreprise par l'affaiblissement progressif du groupe familial et les soucis de développement économique, ce code de la famille a consacré un fondement individualiste du droit successoral, chaque individu ayant désormais son patrimoine propre qu'il transmet à ses héritiers. Cette adoption n'a cependant pas été facile. Elle s'est heurtée à des difficultés de tous ordres.

La nécessaire consolidation de la nation a poussé le législateur sénégalais à opter pour un humanisme moderne soucieux de garantir les libertés dans un contexte de sentiments, de croyances et de comportements relevant d'origines culturelles différentes. Cette option du législateur sénégalais est un compromis entre des données historiques et socioculturelles issues de modes de vie plus ou moins anciens et l'introduction d'institutions nouvelles apportées par le pouvoir colonial. Le législateur a ainsi entendu consolider les bases d'une nation moderne tournée vers les tâches de développement socio - économique.

Adopté dans un tel contexte, le code de la famille sénégalais a consacré une dualité du régime juridique des successions à savoir une succession dite de droit moderne est une succession de droit musulman pour le maintien de l'équilibre social et la garantie des libertés individuelles, chacun ayant le droit d'opter librement pour le régime de succession qui lui convient le mieux.

Le régime de succession de droit dit moderne, bâti sur une application stricte des principes fondamentaux d'égalité des citoyens et de laïcité est un emprunt au droit français des successions. Il exclut dès lors toute idée de discrimination voire de privilège qui est un des traits caractéristiques du droit musulman des successions.

Le privilège de masculinité n'est donc concevable qu'en droit musulman.

Le droit musulman, codifié dans le Coran, a consacré ce privilège de masculinité à travers la sourate AN NISSA c'est-à-dire les femmes et à travers les « hadiths ».

Il convient cependant de préciser que le droit musulman des successions consacré par le code de la famille n'est pas le droit musulman pur réglementé par la charia.

En tout état de cause, force est de constater que le privilège de masculinité est aujourd'hui consacré dans le droit positif sénégalais. Il signifie en pratique qu'à égalité de classe, de degrés et de lien de parenté, la femme reçoit la moitié de la part de l'homme dans la masse successorale.

Cela soulève dès lors une multitude de questions et notamment :

- Quelles sont les raisons qui ont poussé le législateur sénégalais à consacrer le privilège de masculinité en matière de succession ?
- Quelles en sont les applications pratiques ?
- Le législateur a-t-il fait du régime de succession qui l'a consacré un régime de droit commun des successions ou un régime d'exception ?
- Cette consécration légale est-elle conforme aux traités internationaux ratifiés par le Sénégal et à la constitution Sénégalaise ?
- Son maintien dans le droit positif est-il opportun dans le contexte socio-économique actuel ?

Ces questions achèvent de convaincre de la pertinence de la problématique du privilège de masculinité en droit sénégalais des successions qui laisse apparaître ainsi des intérêts à la fois théoriques et pratiques.

Notre étude aura pour objet de tenter de répondre à ces questions en analysant d'abord la consécration légale du privilège de masculinité et les problèmes pratiques posés par sa consécration.

CHAPITRE I

La Consécration Légale du Privilège de Masculinité

Il s'agira avant d'analyser les applications du privilège de masculinité à travers le code de la famille (**section 2**), d'en exposer les fondements (**section 1**).

Section 1

Les Fondements de la Consécration Légale du Privilège de Masculinité

Une double motivation religieuse et sociologique a animé le législateur sénégalais dans la consécration du privilège de masculinité en droit des successions.

Paragraphe 1

Le Fondement Religieux

Inconcevable en droit dit moderne, le privilège de masculinité tire sa source dans la charia.

A – Les Diverses Sources à Travers la Charia

Six dirigeants de la communauté musulmane ont déclaré avoir appris de DIABIR ibn ABDALLAH qu'accompagné d'ABOUBACRI SADEKH, le prophète MOUHAMED (PSL) avait demandé de l'eau pour faire ses ablutions. Lorsqu'il a terminé de les faire, il a versé le reste de l'eau sur DIABIR qui a sursauté puis lui a posé la question de savoir ce qu'il devait faire de sa richesse après sa mort.

C'est alors que DIEU a fait descendre, la sourate 4 intitulée « AN NISSAA » qui signifie « LES FEMMES » et qui régleme la succession en générale. Cette sourate composée de 11 versets, dispose en substance qu'«au nom d'ALLAH le tout miséricordieux, le très miséricordieux.

1 - Oh hommes ! Craignez votre seigneur qui vous a créé d'un seul être, et a créé de celui-ci son épouse, et qui de ces deux-là a fait rependre beaucoup d'hommes et de femmes.

Craignez ALLAH au nom duquel vous vous implorez les uns les autres, et craignez de rompre les liens du sang. Certes, Allah vous observe parfaitement.

2 – Et donnez aux orphelins leur bien ; n'y substituez par le mauvais au bon. Ne mélangez pas leurs biens avec les vôtres : c'est vraiment un grand péché.

3 – Et si vous craignez de n'être pas justes envers les orphelins il est permis d'épouser deux, trois, quatre, parmi les femmes qui vous plaisent, mais si vous craignez de n'être pas justes avec celles-ci, alors une seule, ou des esclaves que vous possédez. Cela afin de ne pas faire injustice (ou afin de ne pas aggraver notre charge de famille).

4 – Et donnez aux épouses leurs «mahr» de bonne grâce. Si de bons grés elles vous en abandonnent quelque chose, disposez – en alors à votre aise et de bon cœur.

5 – Et ne confiez pas aux incapables vos biens dont ALLAH a fait votre subsistance. Mais prélevez- en, pour eux, nourriture et vêtements ; et parlez-leur convenablement.

6 – Et éprouvez (la capacité) des orphelins jusqu'à ce qu'ils atteignent (l'aptitude) au mariage ; et si vous présentez en eux une bonne conduite, remettez leurs biens. Ne les utilisez pas (dans votre intérêt) avec gaspillage et dissipation, avant qu'ils ne grandissent. Quiconque est aisé qu'il s'abstienne d'en prendre lui-même. S'il est pauvre, alors qu'il en utilise raisonnablement. Et lorsque vous leur remettez leur leurs biens, prenez des témoins à leur rencontre.

Mais ALLAH suffit pour observer et compter.

7 – Aux hommes revient une part de ce qu'ont laissé les pères et mères ainsi que les proches, que ce soit peu ou beaucoup : une part fixée.

8 – Et lorsque les proches parents, les orphelins, les nécessiteux assistent au partage, offrez leur quelque chose de l'héritage et parlez-leur convenablement.

9 – Que la crainte saisisse ceux qui laisseraient après eux une descendance faible, et seraient inquiets à leur sujet ; qu'ils redoutent donc ALLAH et qu'ils prononcent des paroles justes.

10 – Ceux qui mangent injustement des biens des orphelins ne font que manger du feu dans leur ventre. Ils brûleront bientôt dans les flammes de l'enfer.

11 – Voici qu'ALLAH vous enjoint au sujet de vos enfants : au fils une part équivalente à celle de deux filles. S'il n'y en a que des filles, même plus que deux, à elles alors deux tiers de ce que le défunt laisse. Et s'il n'y en a qu'une, à elle alors la moitié.

Quant aux père et mère du défunt, à chacun d'eux le sixième de ce qu'il laisse, s'il a un enfant. S'il n'a pas d'enfant et que ses père et mère héritent de lui, à sa mère alors le tiers. Mais s'il a des frères, à la mère alors le sixième, après exécution du testament qu'il aura fait ou paiement d'une dette de vos ascendants ou descendants, vous ne savez pas qui est plus prêt de vous en utilité. Ceci est un ordre obligatoire de la part d'ALLAH, car ALLAH est, certes, omniscient et sage.

12 – Et à vous la moitié de ce que laissent vos épouses, si elles n'ont pas d'enfant. Si elles ont un enfant, alors à vous le quart de ce qu'elles laissent, après exécution du testament qu'elles auraient fait ou paiement d'une dette. Et à elles un quart de ce que vous laissez après exécution du testament que vous auriez fait ou paiement d'une dette. Et si un homme, ou une femme, meurt sans héritier direct, cependant qu'il laisse un frère ou une sœur, à chacun alors de ceux-ci un sixième. S'ils sont plus de deux, tous alors participent au tiers, après exécution du testament ou paiement d'une dette sans préjudice à quiconque. Telle est l'injonction d'ALLAH ! et ALLAH est omniscient et indulgent.

13 – Tels sont les ordres d'ALLAH. Et quiconque obéit à ALLAH et son messenger, il fera entrer dans les jardins sous lesquels coulent les ruisseaux, pour y demeurer éternellement. Et celui-là aura un châtement avilissant.

Il résulte donc clairement des versets 7 et 11 de cette sourate que l'homme doit recevoir une part double de celle de la femme dans la succession.

Il importe dès lors de s'interroger sur les raisons de ce privilège de masculinité.

B – Les Raisons de ce Privilège

La première est liée au fait que la femme est entretenue par l'homme. Il est, en effet, clairement prescrit à la **sourate 65, verset 6**, intitulée «**AT-TALAAQ**» c'est-à-dire le «divorce» que l'homme a l'obligation d'entretenir sa famille en général et sa femme en particulier en logeant avec elle et en la nourrissant convenablement, selon les moyens dont il dispose. Ce verset dispose en substance : et faites que ces femmes habitent où vous habitez, et suivant vos moyens. Et ne cherchez pas à leur nuire en les contraignant à vivre à l'endroit.

Et si elles sont enceintes, pourvoyez à leur besoin jusqu'à ce qu'elles aient, accouché. Puis si elles allaitent (l'enfant né) de vous, donnez-leur leurs salaires. Et si vous rencontrez des difficultés réciproques, alors, une autre allaitera pour lui.

Cette obligation d'entretien de la famille par le mari qui semble soustraire la femme de toute charge familiale est reprise par le code de la famille du Sénégal qui dispose en son article 375 alinéa 2 que les charges relatives à l'entretien du ménage pèsent à titre principal sur le mari.

Tel a d'ailleurs toujours été le cas et il est aisé de comprendre dans ces conditions et eu égard au fait que les biens de la succession doivent servir à l'entretien de la famille, la femme reçoive une part inférieure à celle de l'homme. La femme qui reçoit la part de la succession et qui reste dans la famille, la garde pour elle, car sur elle, ne pèse aucune charge familiale contrairement à l'homme qui utilise sa part pour l'entretien de la famille, y compris la femme alors pourtant qu'elle avait déjà reçu sa part de succession qu'elle ne reverse pas dans les biens servant à l'entretien familial.

Par ailleurs et c'est la seconde justification possible au privilège de masculinité, la femme est appelée à quitter la cellule familiale d'origine pour regagner une autre cellule familiale, celle de son mari avec tous ses biens. Les biens qui appartenaient à sa famille d'origine et qu'elle a acquis à travers la succession, qui était censée servir à l'entretien de ladite famille seront transposés ailleurs du seul fait que la femme s'est mariée et doit regagner son domicile conjugal avec tous ses biens, quand bien même sa nouvelle famille n'aurait pas contribué à la réalisation de cette richesse.

Ce qui pouvait donc apparaître de prime d'abord comme un privilège pour l'homme n'en est une réalité pas moins un avantage pour la femme qui s'enrichit sans supporter de charge familiale.

Paragraphe 2

LE FONDEMENT SOCIOLOGIQUE

Ce sont les conditions de fait dans lesquelles se trouvait la société sénégalaise au moment de la consécration par le législateur du privilège de masculinité. Ce sont donc des réalités qui dessinent les contours de la règle du droit et en constituent le milieu nécessaire que ne pouvait méconnaître le législateur sénégalais lors de la codification du droit successoral.

Entre autres données sociologiques, on peut citer les deux plus marquantes que sont l'hétérogénéité sociale et l'islamisation de la majorité de la population locale.

A – L'Hétérogénéité Sociale

La diversité des statuts avait survécu aux indépendances, ce qui faisait du Sénégal un creuset où foisonnait une multitude de groupes sociaux régis par divers corps de règles. A l'exception d'une infime partie de la population, la majorité des Sénégalais obéissent au droit traditionnel très diversifié puisque avoisinant soixante-huit, conformément à l'arrêté du 28 février 1961 fixant la liste des coutumes en usage au Sénégal.

La quasi-totalité de ces coutumes considérait que la succession devait être transmise à la famille dans son ensemble puisque le patrimoine familial devait être perpétué et devait rester dans la famille. C'est la raison pour laquelle, il était géré par une personne au nom et pour le compte de toute la famille. Ce gérant qui était en l'occurrence le chef de la famille ou le chef de tribu a toujours été un homme. Il en a été ainsi presque pour toutes les coutumes jusqu'en 1972, date de consécration du code de la famille. Cette réalité sociale qui accordait, à l'homme un privilège dans la gestion du patrimoine familial et notamment en cas de succession par rapport à la femme qui était appelée à quitter sa famille d'origine pour adhérer à celle de son mari, et par conséquent ne répondant pas aux besoins de perpétuation du patrimoine au sein de la famille, ne pouvait être méconnue par le législateur sénégalais au moment de la codification des règles successorales.

Mais le fait social qui a le plus fondé la consécration légale du privilège de masculinité en droit sénégalais des successions est l'islamisation de la majorité de la population.

B – L’Islamisation de la Majorité de la Population

En effet, face à la diversité des statuts coutumiers, se généralisait au Sénégal, le phénomène d’islamisation qui constituait ainsi un dénominateur commun que le législateur a nécessairement pris en compte dans l’élaboration du code de la famille et plus précisément des règles régissant la succession. C’est ce qui explique d’ailleurs la dualité du régime juridique des successions au Sénégal malgré l’influence de ce système français.

Sur les soixante-huit coutumes que compte l’arrêté de 1961 précité, dix-neuf seulement étaient déclarées expressément musulmanes ou islamisées.

Paradoxalement, à l’exception de quelques bastions animistes ou catholiques, l’Islam recouvrait au moment de la codification des règles du droit de la famille en général et des successions en particulier, l’ensemble du pays. Les localités qui ont toujours été réfractaires à l’implantation de l’islam ont fini par adhérer. L’enquête démographique effectuée entre 1960 et 1961 a démontré que sur 3 049 540 habitants recensés, 278 600 soit, 90% se réclamaient, de l’islam.

Ce taux qui sera porté à 92% en 1970 était partagé entre quatre confréries qui sont les Tidianes, les mourides, les khadres et les layènes.

C’est dire que les coutumes musulmanes ou islamisées régissaient la quasi-totalité des populations sénégalaises, les autres droits traditionnels ne concernant que les minorités. En effet en 1972, l’annuaire catholique du Sénégal relevait que 5% de la population était chrétien, l’animisme et le fétichisme se partageant 3%.

Cette large diffusion de l’islam qui s’explique entre autre par l’ancienneté de son implantation dans ce pays qui remonte au 9ème siècle et sa facile implantation s’expliquaient par les raisons d’ordre économique, social, et politique :

- d’abord, l’Islam constitue une forme d’organisation sociale conforme aux coutumes africaines ;
- ensuite, il a été un facteur important de résistance à la poussée coloniale ;
- Enfin, sa propagation a été le fait d’indigènes africains.

La prédominance des statuts islamisés et l'attachement particulier des musulmans aux règles de leur religion, notamment en matière de statut personnel, expliquent la mention particulière qui a toujours été faite au droit musulman depuis la période coloniale jusqu'à nos jours. Rappelons en effet que le principe du maintien des institutions traditionnelles a été proclamé la première fois en faveur des indigènes sénégalais par la création d'un comité consultatif chargé de donner son avis sur les questions de droit musulman qui lui seraient soumises par les tribunaux.

Ensuite, le décret de 1857 a institué des tribunaux musulmans appelés à statuer, d'après le droit musulman et suivant ses formes, sur les questions de statut personnel.

D'autres textes ont par la suite reconnu la prédominance des statuts islamisés. Il s'agit du décret du 16 août 1912, de celui du 31 décembre 1931, de la loi LAMINE GUEYE de 1946 et de la constitution française de 1946.

De même, la tendance générale de la jurisprudence était d'appliquer le droit musulman au détriment des coutumes ancestrales et même parfois du droit français.

Enfin après l'indépendance, les gouvernants sénégalais se déclaraient attachés aux droits et libertés des individus et manifestaient leur soucis de respecter la personnalité humaine, en pratiquant ce que LEOPOLD SEDARD SENGHOR appelait un socialisme démocratique qui va jusqu'à respecter les valeurs spirituelles.

La donnée de fait que constitue l'islamisation de la majorité des Sénégalais a été largement prise en considération par le législateur lors de l'élaboration du code de la famille et notamment du droit des successions. Cette règle de droit se devait de respecter l'impératif de son adaptation au contexte social qu'elle devait régir, contexte marqué par l'importance numérique des populations islamisées.

Ce phénomène allait donc nécessairement entrer en ligne de compte dans l'élaboration des règles qui gouvernent les successions, raison pour laquelle le législateur a consacré une dualité du régime juridique des successions avec un droit d'option réservé au de cujus avant son décès soit pour le droit commun, soit pour le droit musulman. Or c'est précisément ce droit musulman qui a consacré le privilège de masculinité en matière de succession comme cela a été expliqué dans nos précédents développements.

Il convient cependant de préciser que le code de la famille ne consacre pas le droit musulman pur.

Section 2

Les Applications du Privilège de Masculinité **à Travers le Code de la Famille**

Il serait intéressant, avant d'aborder le privilège masculinité dans le partage, de se pencher sur le mécanisme de l'acébisation qui en est la cheville ouvrière.

Paragraphe 1

Le Mécanisme de l'Acébisation et des Applications **à Travers le Code de la Famille**

A – Le Mécanisme

Les héritiers acéb sont ceux qui ont la vocation de recueillir la totalité de la succession. Les acebs s'opposent aux parents par les femmes. Cet avantage accordé aux acebs l'est tout simplement du fait de leur état d'homme.

En effet, le mot acéb, emprunté à la langue arabe, désigne le nerf viril. C'est pourquoi, ils ont vocation à recueillir la totalité de la succession lorsqu'il n'existe pas de légitimaire.

Pour se rendre compte du privilège de masculinité à travers le mécanisme de l'acébisation il convient après avoir exposé ce que recouvre cette notion, d'énumérer les catégories, pour se rendre ainsi à l'évidence que le sexe mâle est l'unique considération en vertu de laquelle les avantages sont accordés à l'homme.

Il en existe trois catégories :

- En principe, ce sont les parents de sexe masculin par les mâles qui sont appelés héritiers universels, acebs par eux-mêmes.
- Exceptionnellement, certaines femmes deviennent héritières universelles, soit par un autre, soit avec un autre.
- L'aceb par lui-même est un parent de sexe masculin dont le lien avec le défunt n'est interrompu par aucune génération féminine. On voit donc que le sexe mâle est recherché pour l'octroi de cet avantage dès lors que la condition sine qua non à l'acquisition de la qualité d'aceb est un lien avec le défunt interrompu par une génération féminine. Autrement dit, l'interférence d'une génération féminine dans le lien entre le défunt et l'héritier enlève à ce dernier la qualité d'aceb et par conséquent l'empêche s'il est seul, de recueillir la totalité de la succession et en présence d'autres héritiers légitimaires, d'hériter du reliquat après prélèvement des parts réservées ou parts fixes. Ce critère de l'aceb est donc purement biologique, c'est la volonté de DIEU, car on naît aceb, on ne le devient pas en principe si on exclut de la discussion les transsexuels.

Les acebs par eux-mêmes se divisent en cinq classes exclusives les unes les autres et sont tous de sexe mâle comme cela résulte des dispositions de l'article 577 du code de la famille qui les énumère en ces termes :

- 1°) – les descendants ;
- 2°) – le père ;
- 3°) – les autres descendants et les frères germains et consanguins ;
- 4°) – les descendants des frères germains et consanguins ;
- 5°) – les oncles germains et consanguins et leurs descendants.

Tous mâles bien sûr, car il faut tenir compte de la définition de l'article 576 du code de la famille.

Mais exceptionnellement, une femme peut devenir aceb. C'est cette transformation qui est désignée sous le vocable d'acebisation soit par un autre soit avec un autre et cet autre est toujours un mâle.

Cette acébisation ne vise qu'à permettre à la personne acébisée de recueillir la totalité de la succession en l'absence de l'héritier légitimaire, ou d'en recueillir le reliquat lorsque l'héritier légitimaire a déjà recueilli sa part de légitime, comme s'il était un aceb à part entière.

B – Les Applications

Il ressort en effet de l'article 578 du code de la famille que l'aceb par un autre est une femme, parent du de cujus, qui n'acquiert la qualité d'héritier universel que parce qu'elle vient en concurrence avec un aceb par lui-même, avec un mâle. Ce sont :

- 1 – La fille en concurrence avec un fils ;
- 2 – La petite fille en concurrence avec un petit fils ;
- 3 – La sœur germaine en concurrence avec le frère germain ;
- 4 – La sœur consanguine en concurrence avec le frère consanguin.

A cette catégorie d'aceb par eux même vient s'ajouter la catégorie d'acéb appelée aceb par assimilation consacrée par l'article 379 du texte susvisé.

Dans ce cas le critère d'aceb par un autre proprement dit est écarté pour permettre à une femme de devenir aceb, alors même qu'elle ne serait pas en concurrence avec un héritier aceb par lui-même de la même classe, du même degré et du même lien ce sont :

- la petite fille qui, par suite de la présence de deux ou plusieurs filles, ne peut venir à la succession comme légitimaire ; elle est rendue aceb par un descendant mâle d'un degré plus éloigné que le sien ;
- La sœur germaine ou consanguine lorsqu'elle est en concurrence avec un aïeul paternel, sous réserve du cas où le défunt est une femme mariée ;
- Quant aux acebs avec un autre, les articles 580 et 581 du code de la famille en retiennent deux que sont la sœur germaine et la sœur consanguine lorsqu'il n'existe pas de frère du même lien venant à la succession et qu'elles sont en concurrence avec une ou plusieurs filles.

Mais la sœur consanguine n'est appelée à succéder en qualité d'aceb avec un autre qu'à défaut de sœur germaine venant à la succession à ce titre.

On peut donc remarquer que si on n'est pas aceb par nature c'est à dire héritier mâle, on ne peut le devenir que parce qu'un héritier mâle le permet si on est de sexe féminin.

Cette discrimination en faveur des hommes est consacrée par le code de la famille à travers plusieurs dispositions.

Elle est plus marquée lorsque l'acebisation constate le changement de qualité d'un héritier légitimaire à un héritier aceb. En effet, l'héritier légitimaire qui avait l'avantage de ne jamais être exclu de la succession, se voit transporté de cet ordre à celui des acebs.

Il ressort de l'article 383 du code de la famille que par suite de la présence de certains successibles, certains héritiers légitimaire sont transformés en héritiers aceb : c'est la fille en concurrence avec les fils qui perd sa qualité d'héritier légitimaire pour devenir héritier aceb et donc résiduaire pour n'hériter qu'en cette qualité. Ceci désavantage de la femme au profit de l'homme et notamment lorsqu'il n'y a plus de part résiduelle c'est à dire quand la totalité de la succession est recueillie par les légitimaire.

Cette discrimination qui se traduit, par un privilège, accordé, au mâle eu égard à son sexe est d'autant plus manifeste que le législateur sénégalais l'a réitéré dans le partage successoral à travers plusieurs dispositions du code de la famille.

Paragraphe 2

Le Privilège de Masculinité dans la Détermination des Parts des Héritiers

à Travers le Code de la Famille

Dans le partage successoral tel que réglementé par le code de la famille, le privilège de masculinité se manifeste aussi bien à travers la détermination des droits successoraux des héritiers légitimes qu'à travers celle des héritiers universels, mais également à travers certains cas particuliers prévus par la loi.

A – Le Privilège de Masculinité à Travers la Détermination des Droits Successoraux des Héritiers Légitimaires

Ce sont les héritiers qui ont une part de l'héritage fixée à l'avance.

Pour se rendre compte du privilège accordé aux mâles dans la détermination de la part des héritiers légitimes, on exposera les différents cas de privilège consacrés par le code de la famille eu égard au sexe mâle puis relativement à la fixation des parts des héritiers légitimes :

1^{er} Cas : Cas de la Fille

Parmi les héritiers légitimaires auxquels la loi réserve la moitié de la succession, l'article 602 du code de la famille cite la fille du défunt. Toutefois l'article 604 du même texte de loi prévoit que la fille n'a droit à la moitié qu'autant qu'elle n'est pas transférée dans l'ordre des aceb par un autre héritier.

Autrement dit si le défunt laisse une fille et un fils, elle ne pourra plus hériter en tant que légitime, mais sera acebisée par le fils. Par conséquent, elle perdra sa légitime de moitié.

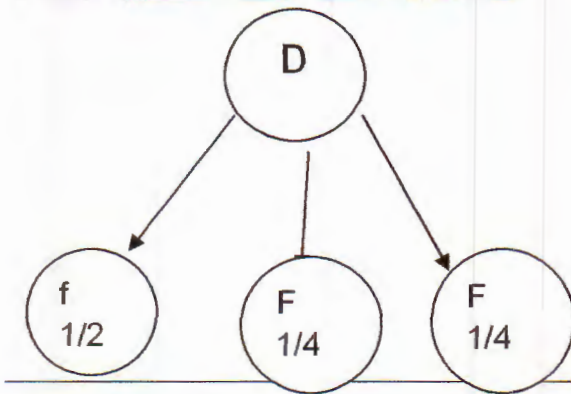
Ainsi l'avantage qu'avait la fille de percevoir la moitié de l'héritage qui est une part fixe qui lui est assurée par sa qualité de légitime est remis en cause par la présence d'un héritier mâle en l'occurrence le fils avec qui elle va entrer en concours en tant qu'aceb. Le fait pour la fille de perdre sa légitime de moitié est donc un privilège accordé au fils tout simplement du fait qu'il est de sexe masculin.

Exemple : le de cujus laisse une fille et deux fils.

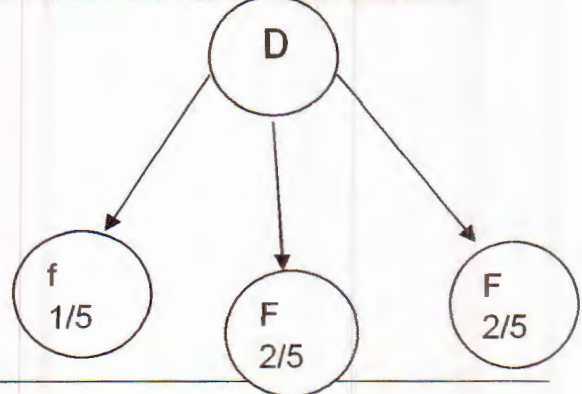
En principe la fille a droit à la moitié des parts en tant que légitime. Le reliquat de $\frac{1}{2}$ sera partagé entre les deux fils, chacun ayant le quart de l'héritage.

En vertu des dispositions du code de la famille, la fille est acebisée par le fils. Ils vont par conséquent se partager en tant qu'aceb le reliquat. En absence d'autres héritiers légitimaires, l'héritage tombe entre les mains des héritiers aceb. Il s'ensuit que la fille et les deux fils vont se partager l'héritage et avec le principe de l'acebisation, chaque fils aura le double de la part de la fille.

Principe avant l'acébisation



Résultat après acébisation



Le privilège de masculinité dans ce cas consiste donc dans la discrimination qui a abouti non seulement à faire perdre à la fille sa moitié en tant que légitimaire, mais à réduire sa part à la moitié de celle des acebs.

2^{ème} Cas : Cas de la Petite Fille pour Recueillir la Moitié

Le privilège de masculinité est d'autant plus marqué dans ce cas que les conditions posées dans l'article 605 du code de la famille pour que la fille puisse avoir droit à la moitié de la succession ne tiennent compte que des intérêts exclusifs des héritiers mâles. C'est ainsi qu'elle n'a droit à la moitié que lorsque les conditions suivantes sont entre autres réunies :

1^o) – Elle est née d'un fils : Par conséquent, si elle est née d'une fille, elle n'aura pas droit à la moitié. Ceci est une véritable discrimination en faveur du sexe masculin.

2^o) – Elle n'est pas rendue acéb par un autre aceb

Les acebs étant tous des mâles et en l'espèce le petit fils, les mêmes remarques faites à propos de l'acébisation de la fille sont valables pour la petite fille.

3^o) – Il n'existe pas d'autre petite fille du défunt né du même fils ou d'un autre fils prédécédé.

Autrement dit s'il existe une autre petite fille du défunt née du même fils ou d'un autre fils prédécédé, la petite fille perd sa moitié alors même que si l'autre petite fille était née d'une fille encore vivante ou d'une fille prédécédée, elle aurait droit à sa moitié.

Et l'article 605 du code de la famille définit la petite fille qui a droit à la moitié comme celle qui descend du défunt et qui se rattache à lui par une série ininterrompue de mâles. Si donc la série est interrompue par une femelle ou si la petite fille est une descendante du défunt par un parent de sexe féminin, elle n'a pas droit à la moitié de l'héritage.

3^{ème} Cas : Cas des sœurs Germaines et Consanguines

Parmi les conditions posées par l'article 606 du code de la famille pour que la sœur germaine et la sœur consanguine puissent avoir droit à la moitié de la succession, figure entre autre le fait qu'elles ne soient pas rendues aceb par un autre héritier.

Les observations faites à propos de l'acebisation et visant à protéger les acebs qui sont tous des mâles en empêchant les femelles de recueillir plus qu'eux dans la succession, sont valables en l'espèce.

Ainsi par ce mécanisme, les sœurs germaines et consanguines héritent en qualité d'aceb en présence des frères germains et consanguins avec qui elles viennent en concurrence ou lorsqu'elles viennent en concurrence avec un aïeul paternel (art 579-2)

4^{ème} Cas : Cas de la petite fille pour recueillir le sixième de la succession (art 628 cf.)

Trois conditions retenues par l'article 628 du code de la famille pour que la petite fille puisse avoir droit à sa légitime de $1/6^{\text{ème}}$ démontrent à suffisance la discrimination faite aux femelles synonyme davantage faite aux mâles.

En effet, la petite fille doit d'abord être née d'un fils prédécédé si elle est née d'une fille prédécédée ou même vivante, elle n'aura plus droit au sixième de la succession.

Par ailleurs, elle ne doit pas être rendue aceb par un autre héritier. En d'autres termes, si la petite fille est rendue aceb, elle perd sa légitime du sixième et vient en concurrence avec les acebs. Les acebs étant des mâles, et en l'espèce le petit fils, ce dernier est protégé, privilégié au détriment de la petite fille. Cette protection qui ne vise qu'à assurer au petit fils une part au moins égale à celle de la petite fille n'est justifiée que par le sexe, car pour les rédacteurs de ce texte, la petite fille ne doit pas avoir une part supérieure à celle de l'homme.

Enfin, le défunt ne doit pas avoir laissé un fils pour que la petite fille ait droit au sixième de la succession. Si un fils succède au défunt, la petite fille n'a pas droit à sa légitime de $1/6^{\text{ème}}$.

Ces conditions étant cumulatives, il est difficile, voire impossible, à la petite fille d'accéder à sa légitime d'un sixième de l'héritage, or toutes ces trois conditions n'ont qu'un but : défavoriser eu égard à son sexe, la petite fille pour avantager un mâle.

5ème cas : Cas de la sœur consanguine

Il résulte des dispositions de l'article 631 du code de la famille que la sœur consanguine appelée à la succession avec la sœur germaine légitimaire de moitié, a droit au sixième de la succession à condition de ne pas être rendue aceb par un autre héritier. En d'autres termes, si elle est acebisée, elle n'aura plus droit à sa légitime du sixième. Etant rendue aceb par le frère consanguin qui est un mâle, le privilège de masculinité occasionné par ce mécanisme se traduit par un souci d'assurer au frère consanguin une part aussi importante ou en tout cas non moins importante que celle de la sœur consanguine. Ceci apparaît comme un préjudice subi par la sœur consanguine au profit du frère consanguin, car elle perd sa légitime pour entrer en concurrence avec celui-ci. Un tel privilège accordé au frère consanguin ne se justifie en réalité que par sa nature de mâle et qu'à ce titre la femelle ne saurait détenir une part supérieure à la sienne dans la succession.

B – Le Privilège de Masculinité à Travers la Détermination, des Droits Successoraux des Héritier Universels :

Les héritiers universels ou acébs sont ceux qui ont vocation à recueillir la totalité de la succession. En principe, ce sont des parents de sexe masculin et parents par les mâles, mais par le mécanisme de l'acébisation, certaines personnes peuvent être héritiers universels.

Le privilège de masculinité à travers la détermination des droits successoraux des héritiers universels est consacré par les articles 636 alinéa 1 et 637 alinéa 1 combinés du code de la famille. Ils disposent en substance et en principe qu'en cas de concours entre héritiers acébs, le partage s'opère par tête s'ils sont tous de même sexe.

Si les acébs appelés à concourir ne sont pas tous du même sexe, les mâles accorder aux hommes une part double de celle des femmes est dans ce cas manifeste même si par ailleurs des atténuations lui sont apportées par les mêmes dispositions.

} 999

N.B :

Il convient de relever qu'il existe deux (02) cas où la femme a la même part que l'homme :

- d'abord en vertu des dispositions de l'article 615 du code de la famille, les frères ou sœurs utérins reçoivent le tiers de la succession lorsqu'ils sont deux au moins et que le défunt n'a laissé ni descendant successible ni ascendant paternel de sexe masculin. Dans cette hypothèse, le tiers se répartit par tçete entre frère et sœur sans discrimination relative au sexe.
- Ensuite, le père et la mère ont la même légitime du sixième conformément à l'article 617 du code de la famille.

CHAPITRE II

Les Aspects Pratiques de cette Consécration Légale

Si la législateur sénégalais a théoriquement réussi malgré tout à légaliser le privilège de masculinité en l'intégrant dans le droit positif, cela n'est toutefois pas sans avoir posé des problèmes pratiques non seulement par rapport aux droits de l'homme en général, mais également par rapport à l'attitude des populations vis-à-vis de ces règles de droit qui les gouvernent.

*Problèmes
ou enjeux*

*ce chapitre II devrait être intitulé : Problèmes de cette consé-
cration légale.*

Section 1

Le Privilège de Masculinité et les Droits de L'Homme

Une réflexion sur la question du privilège de masculinité et les droits de l'homme appelle nécessairement une analyse de la conformité ou non de celui-ci à notre ordre juridique en général, et aux principes sacro-saints édictés par les règles qui composent cet ordre en particulier.

A l'analyse, on se rend compte de l'atteinte par le privilège de masculinité à ces principes fondamentaux, ce qui pose ainsi le problème de sa réception en droit interne ; mais on se rendra également compte qu'il s'agit d'une atteinte à nuancer.

Paragraphe 1

Problématique de la Réception du Privilège de Masculinité

par le Droit Positif

La consécration du privilège de masculinité est une atteinte aux principes d'égalité et de laïcité en vigueur au Sénégal.

A – Une Atteinte au Principe d'Égalité

Un certain nombre d'instruments internationaux ont consacré ce principe fondamental de l'égalité de tous devant la loi et les institutions. Il en est ainsi de la Déclaration Universelle de Droits de l'Homme adoptée et proclamée par l'Assemblée Générale des Nations Unies dans sa résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948 ;

Elle dispose dans le premier considérant de son préambule que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inébranlables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde.

Un autre considérant de ce même texte prévoit que dans la charte, les peuples des Nations unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes...

Cette égalité de genre est si importante aux yeux de la communauté internationale que l'article 1er de la déclaration l'a reprise en ces termes «tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit».

L'article 7 du même texte dispose que tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection contre toute discrimination qui violerait la présente déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination.

L'égalité de tous, hommes et femmes, est donc un principe sacro-saint dont le respect scrupuleux est une exigence faite à tous les États membres, dont le Sénégal qui l'a ratifiée.

En effet, ces principes ont été érigés en principes à valeur constitutionnelle puisque le Sénégal a affirmé dans le préambule de la constitution du 22 janvier 2001 son adhésion à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et aux instruments internationaux adoptés par l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation de l'Unité Africaine, notamment la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, ...

La constitution Sénégalaise a en outre proclamé à travers son préambule le rejet et l'élimination sous toutes leurs formes de l'injustice, des inégalités et des discriminations.

Par ailleurs, l'article 1er de la constitution prévoit que la République du Sénégal assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinctions de sexe.

La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion des Nations unies dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 03 septembre 1981, est plus explicite et plus rigoureuse quant à l'attachement des Etats membres à la lutte contre l'inégalité entre les hommes et les femmes au détriment de ces dernières.

Ratifiée par le Sénégal, elle note que la Déclaration Universelle des droits de l'homme affirme le principe de la discrimination et proclame que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits et que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de sexe ;

Que les Etats parties aux pactes internationaux relatifs aux Droits de l'Homme ont l'obligation d'assurer l'égalité des droits de l'homme et de la femme ;

Que la discrimination à l'égard des femmes viole les principes de l'égalité des droits et du respect de la dignité humaine.

Pourtant, il résulte clairement des dispositions de l'article 98 de la constitution sénégalaise que les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord de son application par l'autre partie.

En consacrant le privilège de masculinité, le Code de la Famille viole de manière flagrante la constitution et les traités internationaux. C'est d'ailleurs une des préoccupations des Etats parties de la convention qui ont constaté qu'en dépit des divers instruments, les femmes continuent de faire l'objet d'importantes discriminations. C'est la raison pour laquelle l'article 2 de ladite convention édicte un certain nombre de mesures visant à lutter contre cette discrimination. Il dispose en substance que : « les Etats parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes et à cette fin, s'engagent à :

a) – inscrire dans leur constitution nationale ou toutes autres dispositions législatives appropriées le principe d'égalité des hommes et des femmes, si ce n'est déjà fait, et assurer par voie de législation ou par d'autres moyens appropriés l'application effective dudit principe ;

b) – adopter des mesures législatives et d'autres mesures appropriées assorties y compris des sanctions en cas de besoin, interdisant toute discrimination à l'égard des femmes ;

c) – instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes sur un pied d'égalité avec les hommes et garantir, par le truchement des tribunaux compétents et d'autres institutions publiques, la protection effective des femmes contre tout acte discriminatoire ;

d) – s'abstenir de tout acte ou pratique discriminatoire à l'égard des femmes et faire en sorte que les autorités publiques et les institutions publiques se conforment à cette obligation ;

e) – prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque ;

f) – prendre toutes mesures appropriées y compris des dispositions législatives pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constituent une discrimination à l'égard des femmes ;

g) – abroger toutes les dispositions pénales qui constituent une discrimination à l'égard des femmes.

Malgré tout cela, les dispositions du code de la Famille relatives au privilège de masculinité ne sont pas encore abrogées par le législateur sénégalais. Il en est également ainsi en ce qui concerne le principe de laïcité.

B – Une Atteinte au Principe de la Laïcité

La déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 a également consacré la laïcité des Etats membres et en a fait un principe fondamental reconnu à tous et bien protégé.

L'article 2 de ce texte dispose que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente déclaration, sans distinction aucune notamment de religion.

L'article 7 du texte susvisé assure l'égalité de tous devant la loi et le droit à la protection sans discrimination aucune. Devant la liberté reconnue à toute personne d'embrasser la religion de son choix et la nécessité d'assurer à chacun un traitement dépourvu de toute discrimination, la consécration du privilège de masculinité paraît inconcevable. Etant, en effet, une spécificité du droit musulman, sa consécration en droit interne constitue une véritable atteinte au principe de la laïcité énoncé par les conventions internationales ratifiées par le Sénégal et repris par la constitution.

L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civiques et politiques dispose clairement que toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination notamment de religion. Comment alors peut-on admettre en droit interne que le privilège de masculinité ne soit reconnu qu'aux musulmans quand bien même ils représentent la majorité de la population.

Sur ce point, la religion est bien prise en compte pour régler cette partie importante du statut personnel à savoir la succession. La violation de ce principe sacro-saint de laïcité, par ailleurs facteur de stabilité politique, par le législateur sénégalais est à cet égard manifeste.

899
Pourtant, le Sénégal s'est inscrit dans une logique de lutte contre la discrimination en ratifiant la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

Cette convention adoptée le 21 décembre 1961 et entrée en vigueur le 14 janvier 1969 dispose en son premier considérant que la charte des Nations unies est fondée sur les principes de la dignité et de l'égalité de tous les êtres humains et que tous les Etats membres se sont engagés à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'organisation, en vue d'atteindre l'un des buts des Nations unies à savoir : développer et encourager le respect universel et effectif des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour tous, sans discrimination de religion...

On peut dès lors valablement considérer que le Sénégal ne veille pas au respect effectif de ces droits puisqu'il a introduit dans l'ordonnement juridique des dispositions légales qui y contreviennent en privilégiant l'homme par rapport à la femme par le canal de la religion en matière successorale.

Ceci est d'autant plus grave et manifeste que la constitution sénégalaise réaffirme avec verve et fermeté l'attachement du Sénégal au respect de ces principes dégagés par les conventions et pactes sus énoncés.

La constitution du Sénégal a affirmé son adhésion à la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dans son préambule, ainsi que le rejet et l'élimination, sous toutes leurs formes de l'injustice, des inégalités et des discriminations. Son article premier dispose que la République du Sénégal est laïque.

La laïcité suppose dans toute sa rigueur que l'ensemble des règles qui gouvernent la vie en société fassent fi de la religion et s'appliquent de façon uniforme à tous les sujets de droit. Or le privilège de masculinité consacré par le législateur sénégalais n'existe qu'en droit musulman.

Le principe constitutionnel de la laïcité est donc manifestement violé par le Code de la Famille qui a consacré une dualité de régime juridique en matière successorale, en mettant en place, un régime dit de droit musulman et un autre dit de droit moderne. Le critère de distinction de ces deux régimes de succession n'est autre que la religion.

Commun
On aurait compris que suite à l'adoption de cette nouvelle constitution du 22 janvier 2001 qui affirme l'attachement du Sénégal à la laïcité, qu'une disposition de ce texte prévoit expressément que toute disposition légale contraire est désormais abrogée. Tel n'est cependant pas le cas.

Les juridictions sénégalaises appliquent toujours les dispositions du Code de la Famille relatives au droit musulman des successions.

Il faudrait peut-être en avoir une lecture moins stricte pour se rendre compte qu'en réalité cette atteinte aux principes fondamentaux d'égalité et de laïcité est quelque peu nuancée.

Paragraphe 2

Les Atténuations à Cette Atteinte

Elles se traduisent par l'érection du droit musulman en droit d'exception, le droit dit moderne demeurant le droit commun.

A – L'Erection du Droit Musulman des Successions en Droit d'Exception

C'est une résultante du droit reconnu au défunt d'opter pour la succession musulmane de son vivant.

L'article 571 du code de la famille prévoit que les dispositions relatives aux successions de droit musulman s'appliquent aux successions des personnes qui, de leur vivant ; ont, expressément ou par leur comportement, indiscutablement manifesté leur volonté de voir leur héritage dévolu selon les règles du droit musulman.

Le caractère exceptionnel de l'application du droit musulman résulte même des conditions posées par l'article susvisé pour que la succession du de cujus soit dévolue et pratiquée selon les règles du droit musulman. En effet pour que ce droit s'applique, il faut nécessairement que de son vivant, le défunt ait opté pour la succession de droit musulman. Autrement dit, s'il ne fait pas cette option, sa succession ne peut guère être régie par les règles du droit musulman. Par ailleurs, cette volonté de voir sa succession réglée selon les principes du droit musulman doit être indiscutable. C'est le cas lorsqu'elle est exprimée à travers un écrit. Mais elle peut également résulter de son comportement, lequel doit cependant être non équivoque et expressif de la volonté claire du de cujus de voir sa succession dévolue selon les règles du droit musulman.

En analysant donc de plus près les conditions d'application du droit musulman à la succession, on se rend compte que cette application n'est pas systématique. Elle est inadmissible en l'absence d'une volonté libre et éclairée du de cujus qui l'a exprimée de son vivant. Si donc en pratique, un des héritiers conteste l'application du droit musulman devant le juge compétent, celle-ci peut être écartée. Il s'ensuit donc que l'héritière peut valablement rendre inopérant le privilège de masculinité en demandant au juge de ne pas appliquer le droit musulman à la succession du de cujus.

Il appartiendra à ce dernier de vérifier si toutes les conditions sont réunies pour que la succession du de cujus soit régie par les règles du droit musulman.

Si donc après vérification, le juge se rend compte que ces conditions préalables exigées par la loi ne sont pas réunies, le droit musulman ne saura gouverner la succession du défunt.

Il apparaît ainsi que l'érection de ce droit en droit d'exception est une atténuation à l'atteinte par le privilège de masculinité aux principes d'égalité et de laïcité. En effet, le législateur n'a pas entendu faire du droit musulman qui le consacre, le droit de principe. Il est donc important de s'interroger sur ce droit pour savoir quel sera le droit applicable en l'absence d'option ou si les conditions posées par l'article 571 du code de la famille ne sont pas réunies.

B – Le Droit Dit Moderne : Droit Commun des Successions

En réponse à cette interrogation, il convient de préciser qu'en l'absence d'option du de cujus pour le droit musulman de façon claire, ou si les conditions exigées par le législateur relativement au comportement de ce dernier de son vivant ne sont pas remplies, le droit applicable sera le droit commun. Cette application du droit commun est systématique dans ce cas or le droit commun en matière successorale reste le droit dit moderne. Dans ce droit les principes d'égalité et de laïcité restent les maîtres mots. Il est en effet inconcevable en droit dit moderne de parler de privilège de masculinité. Il n'existe pas d'ordre des acéb ni de légitimaire encore moins de privilège de masculinité dans le partage successoral. Le titre 2 du livre 7 du code de la famille intitulé des successions ab intestat de droit commun ne prévoit la succession du défunt que selon la ligne et le degré des héritiers et suivant le degré de parenté avec le défunt, la souche, et la branche.

Aucune discrimination d'ordre sexuel n'est admise dans la dévolution successorale selon les règles du droit commun. On peut donc en conclure valablement que le législateur sénégalais n'a pas failli à son devoir de se conformer aux principes dégagés par les conventions internationales qu'il a régulièrement ratifiées et à la loi fondamentale qu'est la constitution. En faisant du droit dit moderne le droit commun de la succession, il a confirmé son attachement aux principes sacro-saints de l'égalité entre les hommes et les femmes, mais également de la laïcité. Et en pratique, le juge qui veille au respect scrupuleux de la loi joue un grand rôle dans la restauration dans ses droits, de la femme, en cas de discrimination ou de violation de la règle de droit.

Le fait pour le juge de vérifier le respect des conditions légales d'application de tel ou tel droit, et le cas échéant, de définir le régime juridique applicable à la succession du de cujus est une garantie non négligeable du respect de la volonté du législateur de promouvoir l'égalité de tous devant la loi sans distinction aucune et notamment de religion.

Il convient cependant de relever que le juge ne se saisit pas d'office des litiges successoraux. Il ne peut définir le régime juridique applicable à la succession que lorsqu'il en a été régulièrement saisi par les héritiers intéressés.

Il importe par conséquent de s'interroger sur le comportement des populations face aux règles successorales édictées par le code de la famille.

Section 2

La Société et les Règles Successorales

Edictées par le Code de la Famille

Il est donc constant que même si le législateur sénégalais a consacré le droit musulman, il en a fait un droit d'exception, le droit commun étant toujours le droit dit moderne. Il faut dès lors se demander quel est le degré d'adhésion des populations au droit dit moderne.

De l'analyse de cette question dépendra celle de l'opportunité ou non du maintien du privilège de masculinité dans le droit positif.

Paragraphe 1

Le Droit dit Moderne des Successions est Presque un Droit de Fait

Cela se traduit par un recours quasi systématique des populations à la charia. Mais une telle attitude des sujets de droit est facilitée par une certaine inaction des pouvoirs publics.

A – Le Recours Quasi Systématique des Populations à la Charia

Le Sénégal est composé à plus de 90% de musulmans, l'islam recouvrant au moment des grandes codifications la quasi-totalité du territoire. Les coutumes musulmanes ou islamisées régissaient ainsi la majeure partie de la population.

Cette large diffusion de l'islam s'explique entre autres par l'ancienneté de son implantation dans le pays et qui remonte à l'attaque du Tekrour par les almoravides au 9ème siècle. Bien entendu, l'islamisation des coutumes ne signifie pas nécessairement la transposition pure et simple du droit musulman classique. Si dans certains cas, il y a eu islamisation complète, le plus souvent il y a eu synthétisme entre les pratiques ancestrales et le droit islamique. Cette prédominance des statuts islamisés, l'ancienneté de son introduction au Sénégal ainsi que l'attachement particulier des musulmans aux règles de leur religion, notamment en matière de statut personnel, explique la mention spéciale qui a toujours été faite au droit musulman par les autorités. Rappelons en effet que le principe du maintien des institutions traditionnelles a été proclamé pour la première fois en faveur des indigènes Sénégalais par la création d'un comité consultatif chargé de donner son avis sur les questions de droit musulman qui lui sont soumises par les tribunaux.

Ensuite, le décret de 1857 a institué des tribunaux musulmans appelés à statuer d'après le droit musulman et suivant ses formes, sur les questions de statut personnel. D'autres textes ont par la suite reconnu la prédominance de statuts islamisés. De même, la tendance générale de la jurisprudence était d'appliquer le droit musulman au détriment des coutumes ancestrales et même parfois du droit français. Après l'indépendance, les gouvernants Sénégalais se sont déclarés attachés aux droits et libertés des individus et ont manifesté leur souci de respecter la personnalité humaine.

La donnée de fait que constitue l'islamisation de la majorité des populations étant donc par nécessité prise en compte dans la rédaction du code

Privilège de masculinité en droit sénégalais des successions

de la famille, il n'est pas étonnant que les populations aient recours à leur religion pour régler leur succession.

Cela est d'autant plus vrai que le garde des Sceaux, ministre de la Justice avait déclaré lors de l'ouverture des travaux du comité des options du code de la famille qu'une attention particulière devait être donnée à ce que les religions prescrivent de façon impérative.

Tel n'a pas semblé être le cas, car le législateur n'a pas appliqué aux successions les règles impératives posées par la charia pure. Ce qu'il appelle le droit musulman des successions n'est en effet qu'un droit mitigé. C'est peut-être ce qui explique le recours quasi systématique des musulmans à la charia. En effet, plus de 80% des musulmans ne font de leur vivant aucune option pour le droit musulman pour le règlement de leur succession. Et pourtant, leur succession n'en est pas moins régie par la charia. Il est indiscutable que dans la pratique, c'est soit l'« imam » soit les notables du quartier qui règlent l'héritage du défunt en appliquant la charia pour procéder au partage de ses biens. Non seulement ils font fi des conditions posées par l'article 571 du code de la famille pour que le régime juridique du droit musulman défini par le code de la famille s'applique à la succession, mais ils ne font même pas recours au juge, seul compétent pour déterminer ce régime juridique applicable et seul compétent pour procéder au partage des biens. En effet même si c'est le droit musulman qui est applicable à la succession, et que le partage a été effectué conformément à l'accord unanime des héritiers, l'intervention du juge est indispensable pour parfaire par homologation un tel accord. Faisant fi de tout cela, les musulmans, dans leur grande majorité, procèdent au partage des biens du défunt à l'insu du juge. Il n'en est autrement que dans des cas exceptionnels et notamment en cas de désaccord sur le partage. Le juge n'est généralement saisi par un héritier que lorsque survient une contestation sur le partage des biens du de cujus, quand bien même l'accord sur le principe du partage selon les règles du droit musulman avait été préalablement donné par tous les héritiers.

Pour tous les autres cas où aucune contestation n'est relevée et portée à la connaissance du juge, les successions réglées en application du droit musulman pur ont abouti au partage des biens du défunt. Or non seulement ces musulmans font de la charia le droit commun en matière de succession, mais en font un droit exclusif. Ils ne reconnaissent nullement l'existence du droit dit moderne et appliquent par conséquent de façon systématique le privilège de masculinité en attribuant à la femme la moitié de la part réservée à l'homme. Cette pratique qui consiste pour la plupart des musulmans à recourir systématiquement à la charia pour régir leur succession est pourtant bien connue des autorités qui ont élaboré le code de la famille et érigé le droit musulman en droit d'exception en matière de succession. Pourtant, force est de constater leur inaction pour éradiquer ou même décourager le recours à cette pratique.

B – L’Inaction de l’Etat Face à Cette Situation

Le juge pour dire le droit doit être régulièrement saisi à cette fin. Il ne peut s’auto saisir du litige en vue de lui appliquer la règle de droit appropriée. En matière successorale, le juge ne peut fixer la règle de droit applicable à la succession que si les héritiers intéressés le saisissent régulièrement, d’abord d’une action en établissement d’un jugement d’hérédité, ensuite d’une action en partage des biens du défunt entre les héritiers identifiés dans ledit jugement. Ceci soulève le problème de la compétence du tribunal départemental en matière successorale. En effet s’il ne fait pas de doute que la détermination des héritiers relève de la compétence du tribunal départemental, par contre la jurisprudence sénégalaise est partagée quant à l’exclusivité de la compétence du tribunal régional en matière de partage alors pourtant que c’est une compétence d’attribution qui est donc d’ordre public et que le tribunal départemental saisi d’un partage en général et successoral en particulier doit se déclarer incompétent, certains tribunaux départementaux connaissent des litiges relatifs au partage successoral. C’est sans doute pour éradiquer ce défaut d’harmonie dans les positions jurisprudentielles en la matière que l’Etat a entrepris une réforme qui aboutirait à donner une compétence exclusive aux tribunaux départementaux en matière de partage successoral. En tout état de cause, force revient à la loi d’attribuer compétence aux juridictions pour procéder au partage. Les populations se doivent par conséquent de toujours faire recours à elles pour se faire reconnaître leur qualité d’héritier et se voir attribuer la part qui leur est réservée par la loi dans la masse successorale. Il est fort regrettable de constater que dans la pratique, cela ne se passe pas toujours ainsi. Le juge n’est que très rarement saisi dans pareilles circonstances. Comme on l’a exposé plus haut, les populations préfèrent appliquer directement la charia.

Entre autres raisons, on peut relever le défaut de sensibilisation des justiciables par les autorités qui se sont gardées de vulgariser le droit des successions tel que réglementé par le code de la famille. En sus du fait que les musulmans sont très attachés aux règles de leur religion vient s’ajouter celui de leur méconnaissance du droit dit moderne, lequel peut pourtant s’avérer plus avantageux pour eux et plus précisément les femmes. Si elles étaient toutes au courant qu’un tel droit n’admettait aucune discrimination en leur défaveur et donc ne concevait pas le privilège de masculinité, la plupart d’entre elles saisiserait le juge pour lui demander d’appliquer le droit commun à la succession dont elles seraient reconnues héritières par ce dernier dans son jugement d’hérédité.

Et le cas échéant même si le juge ne fait pas droit automatiquement à leur demande parce que devant vérifier si une option du de cujus pour le droit musulman n'est pas légalement faite, elles gagneraient quand même à tenter un procès et ce d'autant plus que le droit musulman est un droit d'exception, optionnel et qui obéit à des conditions précises pour être applicable. La simple publication au journal officiel de la loi rendant celle-ci opposable à tous ne suffit tout de même pas à la rendre efficace par son application effective par les sujets de droit. Il faut donc en plus une réception de la règle de droit par les justiciables qui pourront trouver leur compte dans son application à leur cas d'espèce. Or l'Etat est défaillant à ce niveau pour ne pas avoir exercé son rôle incitatif des populations à défendre convenablement leurs intérêts par la saisine régulière du juge. Il se borne simplement à considérer que nul n'est censé ignorer la loi alors que cet adage a achevé de démontrer ses limites dans nos pays à populations dépourvues de culture juridique à plus forte raison dans le domaine très sensible et très jaloux de la foi où il faut plus qu'une simple publication pour faire adhérer les populations à une cause qui peut leur sembler de prime abord contraire à leurs croyances. A défaut d'une bonne et très large vulgarisation des textes et d'une bonne sensibilisation des populations sur les avantages qu'ils peuvent tirer de leur respect, on devait s'attendre à une cascade de sanctions de leur violation tant est massive la quantité de fois que la succession du de cujus est réglée à l'insu du juge.

Paradoxalement, les sanctions sont presque inexistantes et les rares cas d'annulation de partage successoral l'ont été sur la base de contestations d'héritiers insatisfaits du partage effectué par l'« imam » sur la base de la charia.

Mais l'initiative n'est jamais venue des autorités, de dénoncer au juge, en vue de les décourager, les successions réglées à son insu et dont ils ont connaissance. En effet, rien n'empêche aux autorités, même si elles n'ont pas un intérêt direct, de mettre en place un système qui leur permettrait de prendre connaissance de tous les cas de succession et d'inciter les héritiers à saisir le juge pour la succession. Par exemple, lors de l'établissement du certificat de décès l'autorité compétente étant informée, peut en tenir informé automatiquement le maire, le préfet le gouverneur ou même le procureur de la République pour diligenter cette sensibilisation de la famille du défunt. Il en est de même du médecin qui a constaté la mort et qui l'a enregistré dans un registre de décès tenu au centre de santé et qui peut lui aussi prendre l'initiative d'en informer les autorités étatiques appelées à procéder à la sensibilisation des familles sur la procédure légale à respecter pour régler la succession du défunt.

De nombreux arguments ont été avancés pour justifier la nécessité de reconnaître aux femmes certains pouvoirs de décision au même titre que les hommes.

D'abord, l'Etat sénégalais a pris un certain nombre d'engagements en ratifiant un certain nombre de conventions telles que la convention des Nations Unies, contre toute forme de discrimination à l'égard des femmes. Cette convention proclame l'égalité de l'homme et de la femme. En analysant en détail la signification de la notion d'égalité et les moyens de l'atteindre, la convention, en plus d'être une déclaration internationale des droits des femmes, énonce aussi un programme d'action pour que les Etats parties garantissent l'exercice de ces droits.

Ensuite, il convient de souligner l'existence d'une volonté politique africaine et nationale. Au plan africain, les chefs d'Etat et de gouvernement en juillet 2002 à Durban ont affirmé que les femmes ont un rôle-clé à jouer dans les efforts que déploie l'Afrique pour réaliser la démocratie, la bonne gouvernance et la reconstruction économique. Ils ont accepté comme une obligation contraignante de s'assurer que les femmes ont toutes les chances de contribuer, à l'égalité complète avec les hommes, au développement politique et socio-économique des Etats. Cet engagement a été confirmé par l'Union africaine lors de la 3ème session ordinaire. Les Chefs d'Etat ont alors réaffirmé leur engagement face au principe de l'égalité entre les hommes et les femmes tel qu'énoncé dans l'article 4 de l'Acte constitutif de l'Union africaine. Au Sénégal, l'Assemblée nationale a voté à l'unanimité une résolution en faveur de la parité le 1er décembre 2006. Dans cette résolution, un appel a été lancé à la classe politique, à la société civile, aux syndicats et à tous les patriotes du pays, afin que soit reconnu le rôle crucial joué par les femmes à tous les niveaux et que soit promue la dimension Genre.

Néanmoins, le Conseil Constitutionnel a dit que la loi sur la parité votée par l'Assemblée nationale est discriminatoire en ce sens qu'elle promeut les intérêts d'une catégorie sociale à savoir les femmes, au détriment d'une autre catégorie sociale à savoir les hommes après avoir affirmé que la constitution ne reconnaît que le citoyen. Le juge constitutionnel a ainsi estimé que la loi sur la parité est une violation de la constitution et des traités internationaux.

Mais le fait pour le conseil constitutionnel de rejeter la loi sur la parité n'a pas pour effet de décourager l'action des femmes pour l'adoption de la loi sur la parité. Celles-ci, appuyées par les organisations de défense des droits de la femme soutiennent que le Sénégal regorge de femmes compétentes à tous les niveaux.

Et puisque cette compétence des femmes n'est plus à démontrer, le maintien du privilège de masculinité par le Code de la famille ne se justifie plus. En effet, le rôle originaire de la femme qui consistait à s'occuper du foyer n'est plus à l'ordre du jour. La femme est devenue un véritable acteur social qui contribue au développement économique du pays. Par conséquent, l'argument selon lequel la femme ne faisait pas vivre la famille, mais se faisait au contraire entretenir et qui prévalait à la consécration du privilège de masculinité par le législateur est devenu sans objet. Aujourd'hui, la femme va même jusqu'à la prise en charge médicale des enfants au même titre que son mari.

Cette évolution du rôle de la femme dans le développement socio-économique est constatée dans un terme plus générique d'émancipation de la femme.

A – L'Opportunité du Maintien du Privilège de Masculinité par Rapport à l'Émancipation de la Femme

Malgré l'abondance des ressources naturelles dont elle est dotée, l'Afrique demeure pauvre et ce sont les femmes qui en sont les plus affectées. La cause de leur pauvreté tient généralement aux inégalités et au manque d'opportunités auxquelles elles se sont confrontées du simple fait qu'elles sont des femmes.

Aussi, malgré leur supériorité numérique, les femmes détiennent moins de 1% des terres.

Elles reçoivent moins de 1% des crédits alloués à l'agriculture et possèdent moins de droit économique ainsi qu'un accès restreint aux ressources et aux opportunités économiques, notamment à la terre et aux facilités de crédits.

Pourtant, il est aujourd'hui important voir nécessaire que les femmes soient engagées dans la vie économique, sociale et politique. Le protocole de l'Union africaine sur les droits des femmes en Afrique de 2003 reconnaît la valeur économique des femmes.

Il analyse la plupart des droits économiques pour les femmes que la reconnaissance du principe «à travail égal, salaire égal», le droit pour les femmes d'accéder à la terre et d'autres ressources productives et d'en assurer le contrôle ainsi que d'hériter de parts équitables de ces biens.

La déclaration solennelle de l'Union Africaine sur l'égalité entre les hommes et les femmes en Afrique engage les leaders africains à faire état des progrès concernant l'égalité entre les sexes et l'émancipation des femmes.

Sur le plan international, il convient de relever les engagements et déclarations du G8, de l'OCDE, des Nations unies.

En acceptant la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, les Etats se sont engagés à prendre les mesures pour mettre fin à la discrimination.

L'objectif du millénaire pour le développement 3 vise à soutenir la promotion de l'égalité entre les sexes et de l'émancipation des femmes et appelle à l'élimination des disparités entre les sexes dans les écoles primaires et secondaires.

En signant la plate forme d'action de Beijing de 1995, les gouvernements se sont engagés à promouvoir une politique active et transparente d'intégration de l'égalité des sexes dans toutes les politiques.

Le sommet de G8 de 2007 à Heiligendamm a reconnu l'égalité entre les sexes comme un principe fondamental pour la politique de développement ainsi que l'importance de l'émancipation politique et économique des femmes en tant qu'élément clé pour une croissance durable et une gouvernance responsable.

A Gleneagles, les pays du G8 ont convenu d'enjoindre les gouvernements africains à appliquer la charte africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que ses protocoles afin de favoriser le respect des droits des femmes et de soutenir l'emploi des jeunes femmes en Afrique.

Au Sénégal, il faut reconnaître que le Président de la République et l'ensemble de son gouvernement ont compris l'impact de l'émancipation de la femme dans le développement économique du pays. En effet, Maître Abdoulaye Wade a pris un certain nombre de mesures et enjoint à son gouvernement de poser les jalons d'une véritable responsabilisation de femmes sénégalaises à toutes les estrades de la chaîne économique.

Entre autres mesures, on peut noter que le gouvernement s'est lancé comme défi.

- De s'assurer que les femmes bénéficient de l'expansion du commerce des produits agricoles en réduisant voir en élimant les obstacles auxquels elles doivent faire face en terme d'accès limité aux ressources productives (terre, crédits, transport, service, d'éducation, etc.) ;

- Etre vigilant et veiller à ce que l'écart des salaires entre les hommes et les femmes soit éliminé et de fournir les efforts nécessaires pour optimiser les capacités productives des femmes et des jeunes filles.
- Affecter des engagements de crédit soutenant les femmes et cibler le soutien aux femmes à la tête des micros entreprises afin de leur permettre de développer et de diversifier leur production.

Il est dès lors inconcevable dans un tel contexte de propension des droits de la femme vers les leviers du développement économique du pays, de considérer que celle-ci n'a pas un apport financier au sein de la famille. Aujourd'hui il faut admettre que le rôle classique de ménagère du foyer de la femme est révolu. Par conséquent, ce qui fondait à titre principal le privilège de masculinité dans le partage successoral et qui se traduit par la réduction de la part successorale de la femme de moitié par rapport à celle de l'homme, est dépassé.

Par conséquent, on peut valablement dire que sur ce point précis le privilège de masculinité est devenu sans objet. La femme ne se laisse plus entretenir par son mari, mais devient un véritable acteur de la gestion des problèmes familiaux au même titre que l'homme qu'elle prend même en charge parfois. L'héritage n'est plus un patrimoine familial géré par le chef pour le compte de la famille, mais un bien appartenant aux héritiers qui après partage, l'utilisent chacun à des fins personnelles. La femme qui en a donc besoin pour s'entretenir et entretenir sa famille doit dès lors en jouir de façon équitable et au même titre que l'homme, car rien aujourd'hui ne justifie objectivement que ce dernier soit favorisé contre elle.

Conclusion

Le droit objectif peut être défini comme l'ensemble des règles de conduite qui, dans une société organisée, gouvernent les rapports des hommes entre eux et avec la puissance publique, au besoin par le moyen de la contrainte sociale. Puisqu'il a vocation à régir la vie en société, le droit doit par conséquent être conforme aux réalités sociales, au vécu, aux croyances de ses sujets. Cela nous paraît très difficile si on sait que le Sénégal est caractérisé par sa diversité culturelle et religieuse alors que la règle de droit se doit d'être générale et impersonnelle, donc de faire fi de cette hétérogénéité sociale.

Aujourd'hui, il ne fait aucun doute que la femme a fait sa promotion sur le plan économique où elle joue le rôle d'une véritable actrice, d'une cheville ouvrière incontestable. Sa place dans le développement économique est si importante que la femme est maintenant incontournable dans la mise en œuvre et la conduite de tout projet de développement économique et social. Le droit ne peut dès lors méconnaître cette évolution de la place et du rôle de la femme dans le développement socio économique du pays. Il doit l'intégrer et ce d'autant qu'il ne doit pas être figé mais adapté au contexte socio économique qu'il régit. On devrait par conséquent s'attendre à ce que le privilège de masculinité qui se justifiait par le fait que la femme se faisait entretenir par son mari, soit reconsidéré par le législateur et abrogé. En effet la femme peut même prendre en charge son mari aujourd'hui au Sénégal avec la signature par le président de la République du décret qui l'autorise courant 2009.

Mais il est également fondamental de s'arrêter sur l'opportunité de cette abrogation qui nous paraît de prime abord être l'aboutissement logique de cette promotion des femmes. En effet, s'il est vrai que la loi doit s'adapter au contexte qu'il est censé régir, il n'en demeure pas moins qu'elle se doit de prévenir l'avenir. A ce titre, on doit noter l'évolution en sens inverse de la place de la femme dans la société en France qui a toujours été l'alliée naturelle du Sénégal dans tous les domaines. Ce pays sur qui on a toujours copié a varié sur l'importance du rôle que peut jouer la femme dans le foyer et notamment dans l'éducation des enfants au point de voter une loi prévoyant que la femme qui a plus de trois enfants peut rester au foyer et s'occuper de ses enfants en continuant de toucher son salaire comme si elle travaillait toujours. Au moment où ce pays prône ainsi incidemment le retour des femmes au foyer, le Sénégal lui semble avoir une position contraire ou du moins refuser d'anticiper sur l'avenir en se gardant de considérer que sur ce point la France a copié sur nous ce qu'elle considère comme bon.

Ceci nous conforte dans notre position qui est celle de croire que Dieu dans son omniscience a édicté la règle la seule favorable aux Hommes pour régir leur succession. La femme doit rester au foyer et se faire entretenir par l'homme car tel est la volonté de Dieu et Dieu est omniscient. Le législateur n'a donc pas besoin d'abroger le privilège de masculinité pour s'adapter au cotexte social actuel. Il appartient plutôt sur ce point à la société de consolider les valeurs qui contrairement à ce que disent leurs détracteurs n'ont jamais été un frein au développement économique, mais bien au contraire un véritable facteur de stabilité social.

Table des Matières

INTRODUCTION

CHAPITRE I : La consécration légale du privilège de masculinité

SECTION I : Les fondements de ce cette consécration

Paragraphe I : Le fondement religieux

- A) – Les sources à travers la charia
- B) – Les raisons de ce privilège

Paragraphe II : Le fondement sociologique

SECTION II : Les applications du privilège à travers le code de la famille

Paragraphe I : Le mécanisme de l'acebisation et ses applications à travers le code de la famille

- A) – Le Mécanisme
- B) – Les Applications

Paragraphe II : Le privilège de masculinité dans la détermination des parts des héritiers

- A) – Le privilège de masculinité dans la détermination des droits successoraux des héritiers légitimaires
- B) – Le privilège de masculinité dans la détermination des droits successoraux des héritiers universels

CHAPITRE II : Les aspects pratiques de cette consécration

SECTION I : Le privilège de masculinité et les droits de l'homme

Paragraphe I : La problématique de la réception du privilège de masculinité par le droit positif

A) – Une atteinte au principe d'égalité

B) – Une atteinte au principe de laïcité

Paragraphe II : Les atténuations à cette atteinte

A) – L'érection du droit musulman des successions en droit d'exception

B) – Le droit dit moderne : Droit commun des successions

SECTION II : La société et les règles successorales édictées par le code de La famille

Paragraphe I : Le droit dit moderne des successions est presque un droit de fait

A) – Le recours quasi systématique des populations à la charia

B) – L'inaction de l'Etat face à cette situation

Paragraphe II : Problématique de l'opportunité du maintien du privilège de masculinité dans le droit positif eu égard au contexte socio-économique actuel

A) – Eu égard à la problématique de la parité

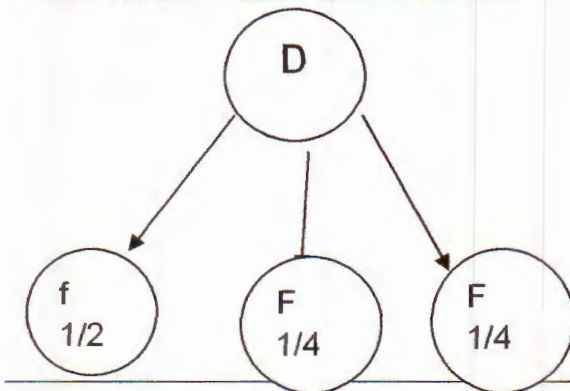
B) – Eu égard à l'émancipation de la femme

CONCLUSION

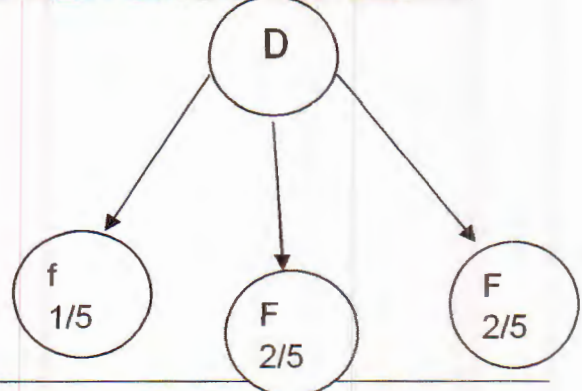
Bibliographie

- Le droit patrimonial de la famille au Sénégal : Serge GUINCHARD
- Le pluralisme juridique en Afrique : Amsatou SOW SIDIBE
- Le droit des successions en cote d'ivoire : Tradition et modernisme
- Code de la famille du Sénégal
- Constitution du Sénégal
- Le saint coran
- Le barème complet de l'héritage musulman : Cheikh Bamba DIOUM
- Le droit chemin dans la pratique islamique : Moustapha gueye
- La succession en droit musulman : Makhtar SAMB
- Liquidation et partages successoraux ; compétence Tribunaux Régionaux : Cour de cassation du Sénégal, arrêt n° 3, audience du 06 Décembre 2000
- Cour suprême du Sénégal : 22 Juillet 1981 : Affaire Babacar DIOP
- Justice de paix de DAKAR, 19 Décembre 1977 : Affaire Babacar DIOP

Principe avant l'acébisation



Résultat après acébisation



Le privilège de masculinité dans ce cas consiste donc dans la discrimination qui a abouti non seulement à faire perdre à la fille sa moitié en tant que légitimaire, mais à réduire sa part à la moitié de celle des acebs.

2^{ème} Cas : Cas de la Petite Fille pour Recueillir la Moitié

Le privilège de masculinité est d'autant plus marqué dans ce cas que les conditions posées dans l'article 605 du code de la famille pour que la fille puisse avoir droit à la moitié de la succession ne tiennent compte que des intérêts exclusifs des héritiers mâles. C'est ainsi qu'elle n'a droit à la moitié que lorsque les conditions suivantes sont entre autres réunies :

1^o) – Elle est née d'un fils : Par conséquent, si elle est née d'une fille, elle n'aura pas droit à la moitié. Ceci est une véritable discrimination en faveur du sexe masculin.

2^o) – Elle n'est pas rendue acéb par un autre aceb

Les acebs étant tous des mâles et en l'espèce le petit fils, les mêmes remarques faites à propos de l'acébisation de la fille sont valables pour la petite fille.

3^o) – Il n'existe pas d'autre petite fille du défunt né du même fils ou d'un autre fils prédécédé.

Autrement dit s'il existe une autre petite fille du défunt née du même fils ou d'un autre fils prédécédé, la petite fille perd sa moitié alors même que si l'autre petite fille était née d'une fille encore vivante ou d'une fille prédécédée, elle aurait droit à sa moitié.

Et l'article 605 du code de la famille définit la petite fille qui a droit à la moitié comme celle qui descend du défunt et qui se rattache à lui par une série ininterrompue de mâles. Si donc la série est interrompue par une femelle ou si la petite fille est une descendante du défunt par un parent de sexe féminin, elle n'a pas droit à la moitié de l'héritage.

3^{ème} Cas : Cas des sœurs Germaines et Consanguines

Parmi les conditions posées par l'article 606 du code de la famille pour que la sœur germaine et la sœur consanguine puissent avoir droit à la moitié de la succession, figure entre autre le fait qu'elles ne soient pas rendues aceb par un autre héritier.

Les observations faites à propos de l'acebisation et visant à protéger les acebs qui sont tous des mâles en empêchant les femelles de recueillir plus qu'eux dans la succession, sont valables en l'espèce.

Ainsi par ce mécanisme, les sœurs germaines et consanguines héritent en qualité d'aceb en présence des frères germains et consanguins avec qui elles viennent en concurrence ou lorsqu'elles viennent en concurrence avec un aïeul paternel (art 579-2)

4^{ème} Cas : Cas de la petite fille pour recueillir le sixième de la succession (art 628 cf.)

Trois conditions retenues par l'article 628 du code de la famille pour que la petite fille puisse avoir droit à sa légitime de $1/6^{\text{ème}}$ démontrent à suffisance la discrimination faite aux femelles synonyme davantage faite aux mâles.

En effet, la petite fille doit d'abord être née d'un fils prédécédé si elle est née d'une fille prédécédée ou même vivante, elle n'aura plus droit au sixième de la succession.

Par ailleurs, elle ne doit pas être rendue aceb par un autre héritier. En d'autres termes, si la petite fille est rendue aceb, elle perd sa légitime du sixième et vient en concurrence avec les acebs. Les acebs étant des mâles, et en l'espèce le petit fils, ce dernier est protégé, privilégié au détriment de la petite fille. Cette protection qui ne vise qu'à assurer au petit fils une part au moins égale à celle de la petite fille n'est justifiée que par le sexe, car pour les rédacteurs de ce texte, la petite fille ne doit pas avoir une part supérieure à celle de l'homme.

Enfin, le défunt ne doit pas avoir laissé un fils pour que la petite fille ait droit au sixième de la succession. Si un fils succède au défunt, la petite fille n'a pas droit à sa légitime de $1/6^{\text{ème}}$.

Ces conditions étant cumulatives, il est difficile, voire impossible, à la petite fille d'accéder à sa légitime d'un sixième de l'héritage, or toutes ces trois conditions n'ont qu'un but : défavoriser eu égard à son sexe, la petite fille pour avantager un mâle.

5ème cas : Cas de la sœur consanguine

Il résulte des dispositions de l'article 631 du code de la famille que la sœur consanguine appelée à la succession avec la sœur germaine légitimaire de moitié, a droit au sixième de la succession à condition de ne pas être rendue aceb par un autre héritier. En d'autres termes, si elle est acebisée, elle n'aura plus droit à sa légitime du sixième. Etant rendue aceb par le frère consanguin qui est un mâle, le privilège de masculinité occasionné par ce mécanisme se traduit par un souci d'assurer au frère consanguin une part aussi importante ou en tout cas non moins importante que celle de la sœur consanguine. Ceci apparaît comme un préjudice subi par la sœur consanguine au profit du frère consanguin, car elle perd sa légitime pour entrer en concurrence avec celui-ci. Un tel privilège accordé au frère consanguin ne se justifie en réalité que par sa nature de mâle et qu'à ce titre la femelle ne saurait détenir une part supérieure à la sienne dans la succession.

B – Le Privilège de Masculinité à Travers la Détermination, des Droits Successoraux des Héritier Universels :

Les héritiers universels ou acébs sont ceux qui ont vocation à recueillir la totalité de la succession. En principe, ce sont des parents de sexe masculin et parents par les mâles, mais par le mécanisme de l'acébisation, certaines personnes peuvent être héritiers universels.

Le privilège de masculinité à travers la détermination des droits successoraux des héritiers universels est consacré par les articles 636 alinéa 1 et 637 alinéa 1 combinés du code de la famille. Ils disposent en substance et en principe qu'en cas de concours entre héritiers acébs, le partage s'opère par tête s'ils sont tous de même sexe.

Si les acébs appelés à concourir ne sont pas tous du même sexe, les mâles accorder aux hommes une part double de celle des femmes est dans ce cas manifeste même si par ailleurs des atténuations lui sont apportées par les mêmes dispositions.

} 999

N.B :

Il convient de relever qu'il existe deux (02) cas où la femme a la même part que l'homme :

- d'abord en vertu des dispositions de l'article 615 du code de la famille, les frères ou sœurs utérins reçoivent le tiers de la succession lorsqu'ils sont deux au moins et que le défunt n'a laissé ni descendant successible ni ascendant paternel de sexe masculin. Dans cette hypothèse, le tiers se répartit par tçete entre frère et sœur sans discrimination relative au sexe.
- Ensuite, le père et la mère ont la même légitime du sixième conformément à l'article 617 du code de la famille.

CHAPITRE II

Les Aspects Pratiques de cette Consécration Légale

Si la législateur sénégalais a théoriquement réussi malgré tout à légaliser le privilège de masculinité en l'intégrant dans le droit positif, cela n'est toutefois pas sans avoir posé des problèmes pratiques non seulement par rapport aux droits de l'homme en général, mais également par rapport à l'attitude des populations vis-à-vis de ces règles de droit qui les gouvernent.

Problèmes pratiques ou enjeux

ce chapitre II devrait être intitulé : Problèmes de cette consécration légale.

Section 1

Le Privilège de Masculinité et les Droits de L'Homme

Une réflexion sur la question du privilège de masculinité et les droits de l'homme appelle nécessairement une analyse de la conformité ou non de celui-ci à notre ordre juridique en général, et aux principes sacro-saints édictés par les règles qui composent cet ordre en particulier.

A l'analyse, on se rend compte de l'atteinte par le privilège de masculinité à ces principes fondamentaux, ce qui pose ainsi le problème de sa réception en droit interne ; mais on se rendra également compte qu'il s'agit d'une atteinte à nuancer.

Paragraphe 1

Problématique de la Réception du Privilège de Masculinité par le Droit Positif

La consécration du privilège de masculinité est une atteinte aux principes d'égalité et de laïcité en vigueur au Sénégal.

A – Une Atteinte au Principe d'Égalité

Un certain nombre d'instruments internationaux ont consacré ce principe fondamental de l'égalité de tous devant la loi et les institutions. Il en est ainsi de la Déclaration Universelle de Droits de l'Homme adoptée et proclamée par l'Assemblée Générale des Nations Unies dans sa résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948 ;

Elle dispose dans le premier considérant de son préambule que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inébranlables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde.

Un autre considérant de ce même texte prévoit que dans la charte, les peuples des Nations unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes...

Cette égalité de genre est si importante aux yeux de la communauté internationale que l'article 1er de la déclaration l'a reprise en ces termes « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit ».

L'article 7 du même texte dispose que tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection contre toute discrimination qui violerait la présente déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination.

L'égalité de tous, hommes et femmes, est donc un principe sacro-saint dont le respect scrupuleux est une exigence faite à tous les États membres, dont le Sénégal qui l'a ratifiée.

En effet, ces principes ont été érigés en principes à valeur constitutionnelle puisque le Sénégal a affirmé dans le préambule de la constitution du 22 janvier 2001 son adhésion à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et aux instruments internationaux adoptés par l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation de l'Unité Africaine, notamment la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, ...

La constitution Sénégalaise a en outre proclamé à travers son préambule le rejet et l'élimination sous toutes leurs formes de l'injustice, des inégalités et des discriminations.

Par ailleurs, l'article 1er de la constitution prévoit que la République du Sénégal assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinctions de sexe.

La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion des Nations unies dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 03 septembre 1981, est plus explicite et plus rigoureuse quant à l'attachement des Etats membres à la lutte contre l'inégalité entre les hommes et les femmes au détriment de ces dernières.

Ratifiée par le Sénégal, elle note que la Déclaration Universelle des droits de l'homme affirme le principe de la discrimination et proclame que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits et que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de sexe ;

Que les Etats parties aux pactes internationaux relatifs aux Droits de l'Homme ont l'obligation d'assurer l'égalité des droits de l'homme et de la femme ;

Que la discrimination à l'égard des femmes viole les principes de l'égalité des droits et du respect de la dignité humaine.

Pourtant, il résulte clairement des dispositions de l'article 98 de la constitution sénégalaise que les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord de son application par l'autre partie.

En consacrant le privilège de masculinité, le Code de la Famille viole de manière flagrante la constitution et les traités internationaux. C'est d'ailleurs une des préoccupations des Etats parties de la convention qui ont constaté qu'en dépit des divers instruments, les femmes continuent de faire l'objet d'importantes discriminations. C'est la raison pour laquelle l'article 2 de ladite convention édicte un certain nombre de mesures visant à lutter contre cette discrimination. Il dispose en substance que : « les Etats parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes et à cette fin, s'engagent à :

a) – inscrire dans leur constitution nationale ou toutes autres dispositions législatives appropriées le principe d'égalité des hommes et des femmes, si ce n'est déjà fait, et assurer par voie de législation ou par d'autres moyens appropriés l'application effective dudit principe ;

b) – adopter des mesures législatives et d'autres mesures appropriées assorties y compris des sanctions en cas de besoin, interdisant toute discrimination à l'égard des femmes ;

c) – instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes sur un pied d'égalité avec les hommes et garantir, par le truchement des tribunaux compétents et d'autres institutions publiques, la protection effective des femmes contre tout acte discriminatoire ;

d) – s'abstenir de tout acte ou pratique discriminatoire à l'égard des femmes et faire en sorte que les autorités publiques et les institutions publiques se conforment à cette obligation ;

e) – prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque ;

f) – prendre toutes mesures appropriées y compris des dispositions législatives pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constituent une discrimination à l'égard des femmes ;

g) – abroger toutes les dispositions pénales qui constituent une discrimination à l'égard des femmes.

Malgré tout cela, les dispositions du code de la Famille relatives au privilège de masculinité ne sont pas encore abrogées par le législateur sénégalais. Il en est également ainsi en ce qui concerne le principe de laïcité.

B – Une Atteinte au Principe de la Laïcité

La déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 a également consacré la laïcité des Etats membres et en a fait un principe fondamental reconnu à tous et bien protégé.

L'article 2 de ce texte dispose que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente déclaration, sans distinction aucune notamment de religion.

L'article 7 du texte susvisé assure l'égalité de tous devant la loi et le droit à la protection sans discrimination aucune. Devant la liberté reconnue à toute personne d'embrasser la religion de son choix et la nécessité d'assurer à chacun un traitement dépourvu de toute discrimination, la consécration du privilège de masculinité paraît inconcevable. Etant, en effet, une spécificité du droit musulman, sa consécration en droit interne constitue une véritable atteinte au principe de la laïcité énoncé par les conventions internationales ratifiées par le Sénégal et repris par la constitution.

L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civiques et politiques dispose clairement que toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination notamment de religion. Comment alors peut-on admettre en droit interne que le privilège de masculinité ne soit reconnu qu'aux musulmans quand bien même ils représentent la majorité de la population.

Sur ce point, la religion est bien prise en compte pour régler cette partie importante du statut personnel à savoir la succession. La violation de ce principe sacro-saint de laïcité, par ailleurs facteur de stabilité politique, par le législateur sénégalais est à cet égard manifeste.

899
Pourtant, le Sénégal s'est inscrit dans une logique de lutte contre la discrimination en ratifiant la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

Cette convention adoptée le 21 décembre 1961 et entrée en vigueur le 14 janvier 1969 dispose en son premier considérant que la charte des Nations unies est fondée sur les principes de la dignité et de l'égalité de tous les êtres humains et que tous les Etats membres se sont engagés à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'organisation, en vue d'atteindre l'un des buts des Nations unies à savoir : développer et encourager le respect universel et effectif des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour tous, sans discrimination de religion...

On peut dès lors valablement considérer que le Sénégal ne veille pas au respect effectif de ces droits puisqu'il a introduit dans l'ordonnement juridique des dispositions légales qui y contreviennent en privilégiant l'homme par rapport à la femme par le canal de la religion en matière successorale.

Ceci est d'autant plus grave et manifeste que la constitution sénégalaise réaffirme avec verve et fermeté l'attachement du Sénégal au respect de ces principes dégagés par les conventions et pactes sus énoncés.

La constitution du Sénégal a affirmé son adhésion à la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dans son préambule, ainsi que le rejet et l'élimination, sous toutes leurs formes de l'injustice, des inégalités et des discriminations. Son article premier dispose que la République du Sénégal est laïque.

La laïcité suppose dans toute sa rigueur que l'ensemble des règles qui gouvernent la vie en société fassent fi de la religion et s'appliquent de façon uniforme à tous les sujets de droit. Or le privilège de masculinité consacré par le législateur sénégalais n'existe qu'en droit musulman.

Le principe constitutionnel de la laïcité est donc manifestement violé par le Code de la Famille qui a consacré une dualité de régime juridique en matière successorale, en mettant en place, un régime dit de droit musulman et un autre dit de droit moderne. Le critère de distinction de ces deux régimes de succession n'est autre que la religion.

Commun
On aurait compris que suite à l'adoption de cette nouvelle constitution du 22 janvier 2001 qui affirme l'attachement du Sénégal à la laïcité, qu'une disposition de ce texte prévoit expressément que toute disposition légale contraire est désormais abrogée. Tel n'est cependant pas le cas.

Les juridictions sénégalaises appliquent toujours les dispositions du Code de la Famille relatives au droit musulman des successions.

Il faudrait peut-être en avoir une lecture moins stricte pour se rendre compte qu'en réalité cette atteinte aux principes fondamentaux d'égalité et de laïcité est quelque peu nuancée.

Paragraphe 2

Les Atténuations à Cette Atteinte

Elles se traduisent par l'érection du droit musulman en droit d'exception, le droit dit moderne demeurant le droit commun.

A – L'Erection du Droit Musulman des Successions en Droit d'Exception

C'est une résultante du droit reconnu au défunt d'opter pour la succession musulmane de son vivant.

L'article 571 du code de la famille prévoit que les dispositions relatives aux successions de droit musulman s'appliquent aux successions des personnes qui, de leur vivant ; ont, expressément ou par leur comportement, indiscutablement manifesté leur volonté de voir leur héritage dévolu selon les règles du droit musulman.

Le caractère exceptionnel de l'application du droit musulman résulte même des conditions posées par l'article susvisé pour que la succession du de cujus soit dévolue et pratiquée selon les règles du droit musulman. En effet pour que ce droit s'applique, il faut nécessairement que de son vivant, le défunt ait opté pour la succession de droit musulman. Autrement dit, s'il ne fait pas cette option, sa succession ne peut guère être régie par les règles du droit musulman. Par ailleurs, cette volonté de voir sa succession réglée selon les principes du droit musulman doit être indiscutable. C'est le cas lorsqu'elle est exprimée à travers un écrit. Mais elle peut également résulter de son comportement, lequel doit cependant être non équivoque et expressif de la volonté claire du de cujus de voir sa succession dévolue selon les règles du droit musulman.

En analysant donc de plus près les conditions d'application du droit musulman à la succession, on se rend compte que cette application n'est pas systématique. Elle est inadmissible en l'absence d'une volonté libre et éclairée du de cujus qui l'a exprimée de son vivant. Si donc en pratique, un des héritiers conteste l'application du droit musulman devant le juge compétent, celle-ci peut être écartée. Il s'ensuit donc que l'héritière peut valablement rendre inopérant le privilège de masculinité en demandant au juge de ne pas appliquer le droit musulman à la succession du de cujus.

Il appartiendra à ce dernier de vérifier si toutes les conditions sont réunies pour que la succession du de cujus soit régie par les règles du droit musulman.

Si donc après vérification, le juge se rend compte que ces conditions préalables exigées par la loi ne sont pas réunies, le droit musulman ne saura gouverner la succession du défunt.

Il apparaît ainsi que l'érection de ce droit en droit d'exception est une atténuation à l'atteinte par le privilège de masculinité aux principes d'égalité et de laïcité. En effet, le législateur n'a pas entendu faire du droit musulman qui le consacre, le droit de principe. Il est donc important de s'interroger sur ce droit pour savoir quel sera le droit applicable en l'absence d'option ou si les conditions posées par l'article 571 du code de la famille ne sont pas réunies.

B – Le Droit Dit Moderne : Droit Commun des Successions

En réponse à cette interrogation, il convient de préciser qu'en l'absence d'option du de cujus pour le droit musulman de façon claire, ou si les conditions exigées par le législateur relativement au comportement de ce dernier de son vivant ne sont pas remplies, le droit applicable sera le droit commun. Cette application du droit commun est systématique dans ce cas or le droit commun en matière successorale reste le droit dit moderne. Dans ce droit les principes d'égalité et de laïcité restent les maîtres mots. Il est en effet inconcevable en droit dit moderne de parler de privilège de masculinité. Il n'existe pas d'ordre des acéb ni de légitimaire encore moins de privilège de masculinité dans le partage successoral. Le titre 2 du livre 7 du code de la famille intitulé des successions ab intestat de droit commun ne prévoit la succession du défunt que selon la ligne et le degré des héritiers et suivant le degré de parenté avec le défunt, la souche, et la branche.

Aucune discrimination d'ordre sexuel n'est admise dans la dévolution successorale selon les règles du droit commun. On peut donc en conclure valablement que le législateur sénégalais n'a pas failli à son devoir de se conformer aux principes dégagés par les conventions internationales qu'il a régulièrement ratifiées et à la loi fondamentale qu'est la constitution. En faisant du droit dit moderne le droit commun de la succession, il a confirmé son attachement aux principes sacro-saints de l'égalité entre les hommes et les femmes, mais également de la laïcité. Et en pratique, le juge qui veille au respect scrupuleux de la loi joue un grand rôle dans la restauration dans ses droits, de la femme, en cas de discrimination ou de violation de la règle de droit.

Le fait pour le juge de vérifier le respect des conditions légales d'application de tel ou tel droit, et le cas échéant, de définir le régime juridique applicable à la succession du de cuius est une garantie non négligeable du respect de la volonté du législateur de promouvoir l'égalité de tous devant la loi sans distinction aucune et notamment de religion.

Il convient cependant de relever que le juge ne se saisit pas d'office des litiges successoraux. Il ne peut définir le régime juridique applicable à la succession que lorsqu'il en a été régulièrement saisi par les héritiers intéressés.

Il importe par conséquent de s'interroger sur le comportement des populations face aux règles successorales édictées par le code de la famille.

Section 2

La Société et les Règles Successorales

Edictées par le Code de la Famille

Il est donc constant que même si le législateur sénégalais a consacré le droit musulman, il en a fait un droit d'exception, le droit commun étant toujours le droit dit moderne. Il faut dès lors se demander quel est le degré d'adhésion des populations au droit dit moderne.

De l'analyse de cette question dépendra celle de l'opportunité ou non du maintien du privilège de masculinité dans le droit positif.

Paragraphe 1

Le Droit dit Moderne des Successions est Presque un Droit de Fait

Cela se traduit par un recours quasi systématique des populations à la charia. Mais une telle attitude des sujets de droit est facilitée par une certaine inaction des pouvoirs publics.

A – Le Recours Quasi Systématique des Populations à la Charia

Le Sénégal est composé à plus de 90% de musulmans, l'islam recouvrant au moment des grandes codifications la quasi-totalité du territoire. Les coutumes musulmanes ou islamisées régissaient ainsi la majeure partie de la population.

Cette large diffusion de l'islam s'explique entre autres par l'ancienneté de son implantation dans le pays et qui remonte à l'attaque du Tekrour par les almoravides au 9^{ème} siècle. Bien entendu, l'islamisation des coutumes ne signifie pas nécessairement la transposition pure et simple du droit musulman classique. Si dans certains cas, il y a eu islamisation complète, le plus souvent il y a eu synthétisme entre les pratiques ancestrales et le droit islamique. Cette prédominance des statuts islamisés, l'ancienneté de son introduction au Sénégal ainsi que l'attachement particulier des musulmans aux règles de leur religion, notamment en matière de statut personnel, explique la mention spéciale qui a toujours été faite au droit musulman par les autorités. Rappelons en effet que le principe du maintien des institutions traditionnelles a été proclamé pour la première fois en faveur des indigènes Sénégalais par la création d'un comité consultatif chargé de donner son avis sur les questions de droit musulman qui lui sont soumises par les tribunaux.

Ensuite, le décret de 1857 a institué des tribunaux musulmans appelés à statuer d'après le droit musulman et suivant ses formes, sur les questions de statut personnel. D'autres textes ont par la suite reconnu la prédominance de statuts islamisés. De même, la tendance générale de la jurisprudence était d'appliquer le droit musulman au détriment des coutumes ancestrales et même parfois du droit français. Après l'indépendance, les gouvernants Sénégalais se sont déclarés attachés aux droits et libertés des individus et ont manifesté leur souci de respecter la personnalité humaine.

La donnée de fait que constitue l'islamisation de la majorité des populations étant donc par nécessité prise en compte dans la rédaction du code

Privilège de masculinité en droit sénégalais des successions

de la famille, il n'est pas étonnant que les populations aient recours à leur religion pour régler leur succession.

Cela est d'autant plus vrai que le garde des Sceaux, ministre de la Justice avait déclaré lors de l'ouverture des travaux du comité des options du code de la famille qu'une attention particulière devait être donnée à ce que les religions prescrivent de façon impérative.

Tel n'a pas semblé être le cas, car le législateur n'a pas appliqué aux successions les règles impératives posées par la charia pure. Ce qu'il appelle le droit musulman des successions n'est en effet qu'un droit mitigé. C'est peut-être ce qui explique le recours quasi systématique des musulmans à la charia. En effet, plus de 80% des musulmans ne font de leur vivant aucune option pour le droit musulman pour le règlement de leur succession. Et pourtant, leur succession n'en est pas moins régie par la charia. Il est indiscutable que dans la pratique, c'est soit l'« imam » soit les notables du quartier qui règlent l'héritage du défunt en appliquant la charia pour procéder au partage de ses biens. Non seulement ils font fi des conditions posées par l'article 571 du code de la famille pour que le régime juridique du droit musulman défini par le code de la famille s'applique à la succession, mais ils ne font même pas recours au juge, seul compétent pour déterminer ce régime juridique applicable et seul compétent pour procéder au partage des biens. En effet même si c'est le droit musulman qui est applicable à la succession, et que le partage a été effectué conformément à l'accord unanime des héritiers, l'intervention du juge est indispensable pour parfaire par homologation un tel accord. Faisant fi de tout cela, les musulmans, dans leur grande majorité, procèdent au partage des biens du défunt à l'insu du juge. Il n'en est autrement que dans des cas exceptionnels et notamment en cas de désaccord sur le partage. Le juge n'est généralement saisi par un héritier que lorsque survient une contestation sur le partage des biens du de cujus, quand bien même l'accord sur le principe du partage selon les règles du droit musulman avait été préalablement donné par tous les héritiers.

Pour tous les autres cas où aucune contestation n'est relevée et portée à la connaissance du juge, les successions réglées en application du droit musulman pur ont abouti au partage des biens du défunt. Or non seulement ces musulmans font de la charia le droit commun en matière de succession, mais en font un droit exclusif. Ils ne reconnaissent nullement l'existence du droit dit moderne et appliquent par conséquent de façon systématique le privilège de masculinité en attribuant à la femme la moitié de la part réservée à l'homme. Cette pratique qui consiste pour la plupart des musulmans à recourir systématiquement à la charia pour régir leur succession est pourtant bien connue des autorités qui ont élaboré le code de la famille et érigé le droit musulman en droit d'exception en matière de succession. Pourtant, force est de constater leur inaction pour éradiquer ou même décourager le recours à cette pratique.

B – L’Inaction de l’Etat Face à Cette Situation

Le juge pour dire le droit doit être régulièrement saisi à cette fin. Il ne peut s’auto saisir du litige en vue de lui appliquer la règle de droit appropriée. En matière successorale, le juge ne peut fixer la règle de droit applicable à la succession que si les héritiers intéressés le saisissent régulièrement, d’abord d’une action en établissement d’un jugement d’hérédité, ensuite d’une action en partage des biens du défunt entre les héritiers identifiés dans ledit jugement. Ceci soulève le problème de la compétence du tribunal départemental en matière successorale. En effet s’il ne fait pas de doute que la détermination des héritiers relève de la compétence du tribunal départemental, par contre la jurisprudence sénégalaise est partagée quant à l’exclusivité de la compétence du tribunal régional en matière de partage alors pourtant que c’est une compétence d’attribution qui est donc d’ordre public et que le tribunal départemental saisi d’un partage en général et successoral en particulier doit se déclarer incompétent, certains tribunaux départementaux connaissent des litiges relatifs au partage successoral. C’est sans doute pour éradiquer ce défaut d’harmonie dans les positions jurisprudentielles en la matière que l’Etat a entrepris une réforme qui aboutirait à donner une compétence exclusive aux tribunaux départementaux en matière de partage successoral. En tout état de cause, force revient à la loi d’attribuer compétence aux juridictions pour procéder au partage. Les populations se doivent par conséquent de toujours faire recours à elles pour se faire reconnaître leur qualité d’héritier et se voir attribuer la part qui leur est réservée par la loi dans la masse successorale. Il est fort regrettable de constater que dans la pratique, cela ne se passe pas toujours ainsi. Le juge n’est que très rarement saisi dans pareilles circonstances. Comme on l’a exposé plus haut, les populations préfèrent appliquer directement la charia.

Entre autres raisons, on peut relever le défaut de sensibilisation des justiciables par les autorités qui se sont gardées de vulgariser le droit des successions tel que réglementé par le code de la famille. En sus du fait que les musulmans sont très attachés aux règles de leur religion vient s’ajouter celui de leur méconnaissance du droit dit moderne, lequel peut pourtant s’avérer plus avantageux pour eux et plus précisément les femmes. Si elles étaient toutes au courant qu’un tel droit n’admettait aucune discrimination en leur défaveur et donc ne concevait pas le privilège de masculinité, la plupart d’entre elles saisirait le juge pour lui demander d’appliquer le droit commun à la succession dont elles seraient reconnues héritières par ce dernier dans son jugement d’hérédité.

Et le cas échéant même si le juge ne fait pas droit automatiquement à leur demande parce que devant vérifier si une option du de cujus pour le droit musulman n'est pas légalement faite, elles gagneraient quand même à tenter un procès et ce d'autant plus que le droit musulman est un droit d'exception, optionnel et qui obéit à des conditions précises pour être applicable. La simple publication au journal officiel de la loi rendant celle-ci opposable à tous ne suffit tout de même pas à la rendre efficace par son application effective par les sujets de droit. Il faut donc en plus une réception de la règle de droit par les justiciables qui pourront trouver leur compte dans son application à leur cas d'espèce. Or l'Etat est défaillant à ce niveau pour ne pas avoir exercé son rôle incitatif des populations à défendre convenablement leurs intérêts par la saisine régulière du juge. Il se borne simplement à considérer que nul n'est censé ignorer la loi alors que cet adage a achevé de démontrer ses limites dans nos pays à populations dépourvues de culture juridique à plus forte raison dans le domaine très sensible et très jaloux de la foi où il faut plus qu'une simple publication pour faire adhérer les populations à une cause qui peut leur sembler de prime abord contraire à leurs croyances. A défaut d'une bonne et très large vulgarisation des textes et d'une bonne sensibilisation des populations sur les avantages qu'ils peuvent tirer de leur respect, on devait s'attendre à une cascade de sanctions de leur violation tant est massive la quantité de fois que la succession du de cujus est réglée à l'insu du juge.

Paradoxalement, les sanctions sont presque inexistantes et les rares cas d'annulation de partage successoral l'ont été sur la base de contestations d'héritiers insatisfaits du partage effectué par l'« imam » sur la base de la charia.

Mais l'initiative n'est jamais venue des autorités, de dénoncer au juge, en vue de les décourager, les successions réglées à son insu et dont ils ont connaissance. En effet, rien n'empêche aux autorités, même si elles n'ont pas un intérêt direct, de mettre en place un système qui leur permettrait de prendre connaissance de tous les cas de succession et d'inciter les héritiers à saisir le juge pour la succession. Par exemple, lors de l'établissement du certificat de décès l'autorité compétente étant informée, peut en tenir informé automatiquement le maire, le préfet le gouverneur ou même le procureur de la République pour diligenter cette sensibilisation de la famille du défunt. Il en est de même du médecin qui a constaté la mort et qui l'a enregistré dans un registre de décès tenu au centre de santé et qui peut lui aussi prendre l'initiative d'en informer les autorités étatiques appelées à procéder à la sensibilisation des familles sur la procédure légale à respecter pour régler la succession du défunt.

De nombreux arguments ont été avancés pour justifier la nécessité de reconnaître aux femmes certains pouvoirs de décision au même titre que les hommes.

D'abord, l'Etat sénégalais a pris un certain nombre d'engagements en ratifiant un certain nombre de conventions telles que la convention des Nations Unies, contre toute forme de discrimination à l'égard des femmes. Cette convention proclame l'égalité de l'homme et de la femme. En analysant en détail la signification de la notion d'égalité et les moyens de l'atteindre, la convention, en plus d'être une déclaration internationale des droits des femmes, énonce aussi un programme d'action pour que les Etats parties garantissent l'exercice de ces droits.

Ensuite, il convient de souligner l'existence d'une volonté politique africaine et nationale. Au plan africain, les chefs d'Etat et de gouvernement en juillet 2002 à Durban ont affirmé que les femmes ont un rôle-clé à jouer dans les efforts que déploie l'Afrique pour réaliser la démocratie, la bonne gouvernance et la reconstruction économique. Ils ont accepté comme une obligation contraignante de s'assurer que les femmes ont toutes les chances de contribuer, à l'égalité complète avec les hommes, au développement politique et socio-économique des Etats. Cet engagement a été confirmé par l'Union africaine lors de la 3ème session ordinaire. Les Chefs d'Etat ont alors réaffirmé leur engagement face au principe de l'égalité entre les hommes et les femmes tel qu'énoncé dans l'article 4 de l'Acte constitutif de l'Union africaine. Au Sénégal, l'Assemblée nationale a voté à l'unanimité une résolution en faveur de la parité le 1er décembre 2006. Dans cette résolution, un appel a été lancé à la classe politique, à la société civile, aux syndicats et à tous les patriotes du pays, afin que soit reconnu le rôle crucial joué par les femmes à tous les niveaux et que soit promue la dimension Genre.

Néanmoins, le Conseil Constitutionnel a dit que la loi sur la parité votée par l'Assemblée nationale est discriminatoire en ce sens qu'elle promeut les intérêts d'une catégorie sociale à savoir les femmes, au détriment d'une autre catégorie sociale à savoir les hommes après avoir affirmé que la constitution ne reconnaît que le citoyen. Le juge constitutionnel a ainsi estimé que la loi sur la parité est une violation de la constitution et des traités internationaux.

Mais le fait pour le conseil constitutionnel de rejeter la loi sur la parité n'a pas pour effet de décourager l'action des femmes pour l'adoption de la loi sur la parité. Celles-ci, appuyées par les organisations de défense des droits de la femme soutiennent que le Sénégal regorge de femmes compétentes à tous les niveaux.

Et puisque cette compétence des femmes n'est plus à démontrer, le maintien du privilège de masculinité par le Code de la famille ne se justifie plus. En effet, le rôle originaire de la femme qui consistait à s'occuper du foyer n'est plus à l'ordre du jour. La femme est devenue un véritable acteur social qui contribue au développement économique du pays. Par conséquent, l'argument selon lequel la femme ne faisait pas vivre la famille, mais se faisait au contraire entretenir et qui prévalait à la consécration du privilège de masculinité par le législateur est devenu sans objet. Aujourd'hui, la femme va même jusqu'à la prise en charge médicale des enfants au même titre que son mari.

Cette évolution du rôle de la femme dans le développement socio-économique est constatée dans un terme plus générique d'émancipation de la femme.

A – L'Opportunité du Maintien du Privilège de Masculinité par Rapport à l'Émancipation de la Femme

Malgré l'abondance des ressources naturelles dont elle est dotée, l'Afrique demeure pauvre et ce sont les femmes qui en sont les plus affectées. La cause de leur pauvreté tient généralement aux inégalités et au manque d'opportunités auxquelles elles se sont confrontées du simple fait qu'elles sont des femmes.

Aussi, malgré leur supériorité numérique, les femmes détiennent moins de 1% des terres.

Elles reçoivent moins de 1% des crédits alloués à l'agriculture et possèdent moins de droit économique ainsi qu'un accès restreint aux ressources et aux opportunités économiques, notamment à la terre et aux facilités de crédits.

Pourtant, il est aujourd'hui important voir nécessaire que les femmes soient engagées dans la vie économique, sociale et politique. Le protocole de l'Union africaine sur les droits des femmes en Afrique de 2003 reconnaît la valeur économique des femmes.

Il analyse la plupart des droits économiques pour les femmes que la reconnaissance du principe «à travail égal, salaire égal», le droit pour les femmes d'accéder à la terre et d'autres ressources productives et d'en assurer le contrôle ainsi que d'hériter de parts équitables de ces biens.

La déclaration solennelle de l'Union Africaine sur l'égalité entre les hommes et les femmes en Afrique engage les leaders africains à faire état des progrès concernant l'égalité entre les sexes et l'émancipation des femmes.

Sur le plan international, il convient de relever les engagements et déclarations du G8, de l'OCDE, des Nations unies.

En acceptant la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, les Etats se sont engagés à prendre les mesures pour mettre fin à la discrimination.

L'objectif du millénaire pour le développement 3 vise à soutenir la promotion de l'égalité entre les sexes et de l'émancipation des femmes et appelle à l'élimination des disparités entre les sexes dans les écoles primaires et secondaires.

En signant la plate forme d'action de Beijing de 1995, les gouvernements se sont engagés à promouvoir une politique active et transparente d'intégration de l'égalité des sexes dans toutes les politiques.

Le sommet de G8 de 2007 à Heiligendamm a reconnu l'égalité entre les sexes comme un principe fondamental pour la politique de développement ainsi que l'importance de l'émancipation politique et économique des femmes en tant qu'élément clé pour une croissance durable et une gouvernance responsable.

A Gleneagles, les pays du G8 ont convenu d'enjoindre les gouvernements africains à appliquer la charte africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que ses protocoles afin de favoriser le respect des droits des femmes et de soutenir l'emploi des jeunes femmes en Afrique.

Au Sénégal, il faut reconnaître que le Président de la République et l'ensemble de son gouvernement ont compris l'impact de l'émancipation de la femme dans le développement économique du pays. En effet, Maître Abdoulaye Wade a pris un certain nombre de mesures et enjoint à son gouvernement de poser les jalons d'une véritable responsabilisation de femmes sénégalaises à toutes les estrades de la chaîne économique.

Entre autres mesures, on peut noter que le gouvernement s'est lancé comme défi.

- De s'assurer que les femmes bénéficient de l'expansion du commerce des produits agricoles en réduisant voir en élimant les obstacles auxquels elles doivent faire face en terme d'accès limité aux ressources productives (terre, crédits, transport, service, d'éducation, etc.) ;

- Etre vigilant et veiller à ce que l'écart des salaires entre les hommes et les femmes soit éliminé et de fournir les efforts nécessaires pour optimiser les capacités productives des femmes et des jeunes filles.
- Affecter des engagements de crédit soutenant les femmes et cibler le soutien aux femmes à la tête des micros entreprises afin de leur permettre de développer et de diversifier leur production.

Il est dès lors inconcevable dans un tel contexte de propension des droits de la femme vers les leviers du développement économique du pays, de considérer que celle-ci n'a pas un apport financier au sein de la famille. Aujourd'hui il faut admettre que le rôle classique de ménagère du foyer de la femme est révolu. Par conséquent, ce qui fondait à titre principal le privilège de masculinité dans le partage successoral et qui se traduit par la réduction de la part successorale de la femme de moitié par rapport à celle de l'homme, est dépassé.

Par conséquent, on peut valablement dire que sur ce point précis le privilège de masculinité est devenu sans objet. La femme ne se laisse plus entretenir par son mari, mais devient un véritable acteur de la gestion des problèmes familiaux au même titre que l'homme qu'elle prend même en charge parfois. L'héritage n'est plus un patrimoine familial géré par le chef pour le compte de la famille, mais un bien appartenant aux héritiers qui après partage, l'utilisent chacun à des fins personnelles. La femme qui en a donc besoin pour s'entretenir et entretenir sa famille doit dès lors en jouir de façon équitable et au même titre que l'homme, car rien aujourd'hui ne justifie objectivement que ce dernier soit favorisé contre elle.

Conclusion

Le droit objectif peut être défini comme l'ensemble des règles de conduite qui, dans une société organisée, gouvernent les rapports des hommes entre eux et avec la puissance publique, au besoin par le moyen de la contrainte sociale. Puisqu'il a vocation à régir la vie en société, le droit doit par conséquent être conforme aux réalités sociales, au vécu, aux croyances de ses sujets. Cela nous paraît très difficile si on sait que le Sénégal est caractérisé par sa diversité culturelle et religieuse alors que la règle de droit se doit d'être générale et impersonnelle, donc de faire fi de cette hétérogénéité sociale.

Aujourd'hui, il ne fait aucun doute que la femme a fait sa promotion sur le plan économique où elle joue le rôle d'une véritable actrice, d'une cheville ouvrière incontestable. Sa place dans le développement économique est si importante que la femme est maintenant incontournable dans la mise en œuvre et la conduite de tout projet de développement économique et social. Le droit ne peut dès lors méconnaître cette évolution de la place et du rôle de la femme dans le développement socio économique du pays. Il doit l'intégrer et ce d'autant qu'il ne doit pas être figé mais adapté au contexte socio économique qu'il régit. On devrait par conséquent s'attendre à ce que le privilège de masculinité qui se justifiait par le fait que la femme se faisait entretenir par son mari, soit reconsidéré par le législateur et abrogé. En effet la femme peut même prendre en charge son mari aujourd'hui au Sénégal avec la signature par le président de la République du décret qui l'autorise courant 2009.

Mais il est également fondamental de s'arrêter sur l'opportunité de cette abrogation qui nous paraît de prime abord être l'aboutissement logique de cette promotion des femmes. En effet, s'il est vrai que la loi doit s'adapter au contexte qu'il est censé régir, il n'en demeure pas moins qu'elle se doit de prévenir l'avenir. A ce titre, on doit noter l'évolution en sens inverse de la place de la femme dans la société en France qui a toujours été l'alliée naturelle du Sénégal dans tous les domaines. Ce pays sur qui on a toujours copié a varié sur l'importance du rôle que peut jouer la femme dans le foyer et notamment dans l'éducation des enfants au point de voter une loi prévoyant que la femme qui a plus de trois enfants peut rester au foyer et s'occuper de ses enfants en continuant de toucher son salaire comme si elle travaillait toujours. Au moment où ce pays prône ainsi incidemment le retour des femmes au foyer, le Sénégal lui semble avoir une position contraire ou du moins refuser d'anticiper sur l'avenir en se gardant de considérer que sur ce point la France a copié sur nous ce qu'elle considère comme bon.

Ceci nous conforte dans notre position qui est celle de croire que Dieu dans son omniscience a édicté la règle la seule favorable aux Hommes pour régir leur succession. La femme doit rester au foyer et se faire entretenir par l'homme car tel est la volonté de Dieu et Dieu est omniscient. Le législateur n'a donc pas besoin d'abroger le privilège de masculinité pour s'adapter au cotexte social actuel. Il appartient plutôt sur ce point à la société de consolider les valeurs qui contrairement à ce que disent leurs détracteurs n'ont jamais été un frein au développement économique, mais bien au contraire un véritable facteur de stabilité social.

Table des Matières

INTRODUCTION

CHAPITRE I : La consécration légale du privilège de masculinité

SECTION I : Les fondements de ce cette consécration

Paragraphe I : Le fondement religieux

- A) – Les sources à travers la charia
- B) – Les raisons de ce privilège

Paragraphe II : Le fondement sociologique

SECTION II : Les applications du privilège à travers le code de la famille

Paragraphe I : Le mécanisme de l'acebisation et ses applications à travers le code de la famille

- A) – Le Mécanisme
- B) – Les Applications

Paragraphe II : Le privilège de masculinité dans la détermination des parts des héritiers

- A) – Le privilège de masculinité dans la détermination des droits successoraux des héritiers légitimaires
- B) – Le privilège de masculinité dans la détermination des droits successoraux des héritiers universels

CHAPITRE II : Les aspects pratiques de cette consécration

SECTION I : Le privilège de masculinité et les droits de l'homme

Paragraphe I : La problématique de la réception du privilège de masculinité par le droit positif

- A) – Une atteinte au principe d'égalité
- B) – Une atteinte au principe de laïcité

Paragraphe II : Les atténuations à cette atteinte

- A) – L'érection du droit musulman des successions en droit d'exception
- B) – Le droit dit moderne : Droit commun des successions

SECTION II : La société et les règles successorales édictées par le code de La famille

Paragraphe I : Le droit dit moderne des successions est presque un droit de fait

- A) – Le recours quasi systématique des populations à la charia
- B) – L'inaction de l'Etat face à cette situation

Paragraphe II : Problématique de l'opportunité du maintien du privilège de masculinité dans le droit positif eu égard au contexte socio-économique actuel

- A) – Eu égard à la problématique de la parité
- B) – Eu égard à l'émancipation de la femme

CONCLUSION

Bibliographie

- Le droit patrimonial de la famille au Sénégal : Serge GUINCHARD
- Le pluralisme juridique en Afrique : Amsatou SOW SIDIBE
- Le droit des successions en cote d'ivoire : Tradition et modernisme
- Code de la famille du Sénégal
- Constitution du Sénégal
- Le saint coran
- Le barème complet de l'héritage musulman : Cheikh Bamba DIOUM
- Le droit chemin dans la pratique islamique : Moustapha gueye
- La succession en droit musulman : Makhtar SAMB
- Liquidation et partages successoraux ; compétence Tribunaux Régionaux : Cour de cassation du Sénégal, arrêt n° 3, audience du 06 Décembre 2000
- Cour suprême du Sénégal : 22 Juillet 1981 : Affaire Babacar DIOP
- Justice de paix de DAKAR, 19 Décembre 1977 : Affaire Babacar DIOP